Über das Prinzip der offenen Türe im Recht der Verbände

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

Vorgelegt von

Heinz Ludwig Jung

von Aarau und Grosswangen

Buchdruckerei Keller Aarau 1956

Über das Prinzip der offenen Türe im Recht der Verbände

Über das Prinzip der offenen Türe im Recht der Verbände

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

Vorgelegt von

Heinz Ludwig Jung

von Aarau und Grosswangen

Buchdruckerei Keller Aarau 1956

Die Fakultät hat diese Arbeit am 3. Mai 1956
auf Antrag von Prof. Dr. W. v. Steiger als Dissertation angenommen,
ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen
Stellung nehmen zu wollen.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 9
Materialien 19
Abkürzungen 20

1. Teil
Problemstellung, soziologische und wirtschaftliche Grundlagen

§ 1 Das Problem 21

§ 2 Soziologische Grundfragen des Verbandswesens 26

I. Einleitung 26
II. Die Soziologie des Verbandes 26
III. Abschließung und Prinzip der offenen Türe soziologisch gesehen 28

§ 3 Wirtschaftliche Aspekte des Verbandswesens 29

I. Wirtschaftsgeschichtliche Entwicklung der Verbände . 29
II. Die Funktionen der Verbände in der Wirtschaft . . 32
III. Verband und Konkurrenz 34
1. Die vollkommene Konkurrenz 34
2. Die Konkurrenz im Zeitalter der Verbände . . . 35
IV. Abschließung und Prinzip der offenen Türe wirtschaftlich gesehen 37

2. Teil
Mittel und Zweck als Unterscheidungsmerkmal zwischen Genossenschaft und Verein

§ 4 Überblick über die Rechtsformen der Verbände 40

I. Allgemeines 40
II. Der Verband in der Rechtsform des Vereins . . . 42
III. Der Verband in der Rechtsform der Genossenschaft . 43
IV. Andere Rechtsformen 44
1. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung . . . 44
2. Die einfache Gesellschaft 45
3. Die Doppelgesellschaft 47

§ 5 «Nichtwirtschaftlicher» und «wirtschaftlicher» Zweck als Unterscheidungskriterium zwischen Verein und Rechtsformen des Obligationenrechts 48
I. Vorbemerkung 48
II. Die ältere Rechtsprechung der Bundesbehörden . . 49
1. Der Zustand vor Inkrafttreten des ZGB . . . 49
2. Die Rechtsprechung seit Inkrafttreten des ZGB . . 49
3. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung . . 51

§ 6 «Nichtwirtschaftlicher» Vereinszweck und genossenschaftlicher Zweck 54
I. Der Genossenschaftszweck im Allgemeinen . . . 54
II. Genossenschaftszweck und Vereinszweck 55

3. Teil

Eintritt, Austritt, Ausschluß und Prinzip der offenen Türe bei Verein und Genossenschaft

§ 7 Organisationsprinzipien und Wesen der Mitgliedschaft bei Verein und Genossenschaft 57
I. Organisationsgrundsätze bei Verein und Genossenschaft 57
1. Verein und Genossenschaft als Personenverbindungen mit juristischer Persönlichkeit 57
2. Die Organisation von Verein und Genossenschaft . 59
II. Die Mitgliedschaft 60
1. Begriff, Wesen und Umfang 60
2. Die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten . . 60
a) Die Mitgliedschaftsrechte 60
b) Die Pflichten der Mitglieder 61

§ 8 Eintritt, Austritt und Ausschluß beim Verein 62
I. Der Eintritt 62
1. Das Beitrittsverfahren 62
a) Der Verein als Offerent 62
b) Der Bewerber als Offerent. 63
2. Eintrittsfreiheit beim Verein? 64
II. Der Austritt 68
1. Allgemeines 68
2. Das Prinzip der Austrittsfreiheit gemäß ZGB 70 Abs. 2 69

III. Der Ausschluß 71
1. Allgemeines 71
2. Das Ausschließungsrecht des Vereins gemäß ZGB 72 71

§ 9 Eintritt, Austritt und Ausschluß bei der Genossenschaft . . 73
I. Der Eintritt 73
1. Das Beitrittsverfahren 73
2. Eintrittsfreiheit bei der Genossenschaft? . . . 75
A. Allgemeiner Grundsatz 75
B. Recht auf Eigenregelung der Eintrittsordnung . 75
C. Schranken der Statuierung von Aufnahmebedingungen 77
D. OR 839 Abs. 2 als Rechtsgrundlage für einen Aufnahmezwang? 79
II. Der Austritt 85
1. Allgemeines 85
2. Die beschränkte Austrittsfreiheit gemäß OR 842 ff. 85
III. Der Ausschluß 88
1. Allgemeines 88
2. Das Ausschließungsrecht der Genossenschaft gemäß OR 846 88

§ 10 Die Frage der analogen Anwendung der genossenschaftlichen Regelung auf die «genossenschaftlichen Vereine» . . . 90
I. Grundsätzliche Zulässigkeit des Analogieschlusses . . 90
II. Kein Analogieschluß im vorliegenden Falle 91

Anhang

Überblick über die allgemeinen Rechtsgrundlagen zur Bekämpfung schädlicher Abschlußtendenzen der Wirtschaftsverbände

§ 11 Die Lösung des Bundesgerichtes: Lockerung der Bindungen . 93
I. Die richterliche Idee 93
II. Die mangelnde Durchsetzbarkeit 94

§ 12 Die Begründung eines Aufnahmezwanges auf Grund von ZGB 28 95
I. Allgemeines 95
II. ZGB 28 als Rechtsgrundlage für einen Aufnahmezwang . 96

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547620_0081

Literaturverzeichnis

Die angeführten Werke werden jeweils mit dem Namen des Autors, bei mehreren Werken desselben Autors in Verbindung mit einem Stichwort zitiert.

Aebi A. Der Kartellzwang nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1946.

Babel A. Das Recht der beruflichen Vereinigung in der Schweiz, Bern/Genf 1927.

Balsiger W. Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Genossenschaft nach schweizerischem OR unter Berücksichtigung des Entwurfes eines revidierten OR, Diss. Zürich 1923.

Becker H. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht 1/2, 2. Aufl. Bern 1941/1943.

Bieri F. Der Mitgliedschaftswechsel in der landwirtschaftlichen Genossenschaft nach Art. 850 rev. OR, Diss. Bern 1946.

Bieri H. Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle. Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF Heft 185, Bern 1941.

Biermann J. Rechtszwang zum Kontrahieren, in: Iherings Jahrbücher NF 20 (Jena 1893) 267 ff.

Bilge N. La capacité civile des personnes morales en droit civil suisse, thèse Genève 1941.

Binder J. Philosophie des Rechts, Leipzig 1924.

Boehmer G. Besprechung von Nipperdey's «Kontrahierungszwang» in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 87 (Stuttgart 1924) 214 ff.

Böhm F. Das Kartellproblem, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 87 (Bern 1951) 193 ff.

— Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.

Briefs G. Die kritische Phase des wirtschaftlichen Liberalismus, in: Wirtschaft und Recht (Zürich 1952) 30 ff.

Brunner H. P. Zwangskartelle, Zürich/Berlin 1937.

Burckhardt W. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.
— Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931.
— Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen OR, Diss. Bern 1896.

Bürgi W. Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Privatrecht, in: ZSR 66 (Basel 1947) 1 ff.
— Treu und Glauben (Rechtsmißbrauch) in: SJK (Genf 1941) Karte 663 1/2.

Bürgisser B. Der Erwerb der Mitgliedschaft bei Genossenschaften, Diss. Basel 1942 (Masch.Schr.).

Bütikofer M. Genossenschaftsverbände nach dem schweizerischen OR, Diss. Bern 1945.

Couchepin R. Praxis in Handelsregistersachen, Zürich 1946.

Curti E. Die Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 181, Zürich 1952.

Daeniker A. Untersuchungen über Wesen und Äußerungen der Körperschaftsgewalt bei privaten Verbänden, Diss. Zürich 1921.

Deschenaux H. Licéité et limites du boycott, in: ZSR 70 (Basel 1951) 127 ff.

Deumer R. Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, o. O. 1912.

Dolder H.-J. Die Lehre vom Rechtsmißbrauch, Diss. Basel 1952 (Masch. Schr.).

Durand P. La contrainte legale dans la formation du rapport contractuel, in: Revue trimestrielle du droit civil 42 (Paris 1944) 73 ff.

Durtschi E. Zur Revision des Genossenschaftsrechts, S.A. aus «Der Genossenschafter», Brugg 1932.

Egger A. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930.
— Revision des Genossenschaftsrechts, in: ZSR 41 (Basel 1922) 107a ff.
— Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Zürich 1950.

Elster A. Kontrahierungszwang, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 3, Berlin/Leipzig 1928, 700 ff.

Emmenegger F. Die Anteilscheine der Genossenschaften nach schweizerischem OR mit Berücksichtigung des revidierten Entwurfes von 1919, Diss. Freiburg 1922.

Enneccerus L. | Lehmann H. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 2, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen 1949/1954.

Feer H. Kontrahierungszwang, Diss. Zürich 1922.

Feine H. E. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts 3, III. Abteilung, Leipzig 1929.

Feldmann H. Beschluß und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Bern 1954.

Feldmann M. Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Basel 1931.

Fischer M. Der Begriff der Vertragsfreiheit, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 182, Zürich 1952.

Fitting H. Das Ausscheiden eines Genossen aus der Genossenschaft, Diss. Heidelberg 1911.

Frey J. G. Mitgliedschaft und Mitgliedschaftswechsel in der Genossenschaft, Diss. Basel 1943 (Masch.Schr.).

Friedrich H. P. Das Genossenschaftskapital, Diss. Basel 1943 (Masch. Schr.).

Gadow | Heinichen. Aktiengesetz, Berlin 1939.

Gamma R. Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der GmbH, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 216, Bern 1944.

Gerwig M. Die Genossenschaft, in: Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer, Basel 1937.

Gierke O. Deutsches Privatrecht I, o. O. 1895.

Goldschmidt R. Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, o. O. 1937.

v. Graffenried R. Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 260, Bern 1948.

Granzow W. Das Recht der deutschen Genossenschaften. Denkschrift des Ausschusses für Genossenschaftsrecht der Akademie für deutsches Recht, Berlin 1940.

Grischott G. Die Entwicklung des Kartellrechts in der Schweiz, Diss. Bern 1929.

Guhl Th. Das schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 1948.

Gutersohn. Gruppeninteresse und Allgemeinwohl, in: Individuum und Gemeinschaft, Festschrift zur 50-Jahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949.

Gutknecht H. Die finanziellen Berechtigungen und Verpflichtungen der Genossenschafter, Diss. Bern 1937.

Gutzwiller M. Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht V, 6. Teil, 1. Lieferung, Zürich 1946.

— Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur, in: Festgabe der Freiburger Fakultät zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, Freiburg 1943, 211 ff.

Gysin A. Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, in: ZSR 49 (Basel 1930) 364 ff.

— Ergebnisse und Erfordernisse der Revision des Genossenschaftsrechts, in: ZSR 50 (Basel 1931) 317 ff.

— Berufsverbände, in: SJK, Karte 889, 1/4.

Haab R. Krisenrecht. Rektoratsrede, Basel 1936.

Haff K. Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, Zürich 1918.

Haffner K. Ein schweizerisches Kartellgesetz auf privatrechtlicher Grundlage, Diss. St. Gallen 1953.

Hafter E. | Gmür M. Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern 1919.

Hager A. Der Austritt des Genossenschafters und die daran geknüpften Rechtsfolgen, Diss. Bern 1948.

Halter F. Verbände und Sektionen in ihrem gegenseitigen Verhältnis nach schweizerischem Vereinsrecht, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 232, Bern 1947.

Hartmann A. Rechtsfragen des Boykotts, Diss. Basel 1948 (Masch.Schr.).

Hartung H. Das Ausscheiden eines Genossen aus der Genossenschaft, Diss. Heidelberg 1911.

Hefti F. Th. Der Anspruch des Außenseiters auf Kartellmitgliedschaft, Diss. Bern 1956.

Heinsheimer E. Mitgliedschaft und Ausschließung in der Praxis des Reichsgerichts, Berlin 1913.

Hergt W. Vertragsfreiheit und Zwang zum Vertragsschluß, insbesondere bei Monopolen, Diss. Erlangen 1931.

Holer O. Zur Rechtsprechung über Boykott; Lösungsversuche; Boykott und Schikane, in: SJZ 16 (Zürich 1919/1920) 149 ff., 169 ff., 185 ff., 201 ff.

Homberger A. Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1942.

Homburger E. Bemerkungen zum Entscheid . . . i. S. Jud ca. Großhandelsverband der Sanitären Branche, in: Wirtschaft und Recht 4 (Zürich 1952) 137 ff.

— Zum Vollzug der staatlichen Intervention gegenüber Kartellen, in: Wirtschaft und Recht 3 (Zürich 1951) 273 ff.

Huber E. Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft, in: ZSR 40 (Basel 1921) 5 ff.

— Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1920.

— Erläuterungen zum Vorentwurf, 2. Aufl., Bern 1914.

Huber E. R. Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. Tübingen 1953.

Huber F. A. Die zivilrechtlichen Folgen des Boykotts, Diss. Basel 1934 (Masch.Schr.).

Huber H. Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen (AVE), in: ZSR 59 (Basel 1940) 331 ff.

Huber K. Über den Rechtsmißbrauch, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 37, Bern 1910.

Hug W. Kartell- und Konzernrecht, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft 2, Bern 1939 22 ff.

— Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, in: SJZ 37 (Zürich 1940/1941) 321 ff., 344 ff.

Isay R. Kontrahierungszwang für Monopole ? in: Kartellrundschau 27 (Berlin 1929) 373 ff.

Jacob E. Volkswirtschaftliche Theorie der Genossenschaften, Berlin 1913.

Jacusiel H. Gültige und fehlerhafte Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaften, Königsberg 1928.

Jaussi H. Die Austrittsverhältnisse in der Genossenschaft und ihre Wirkung auf den Kredit, Diss. Zürich 1925.

Jöhr W. A. Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Festschrift zur 50-Jahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949.

Josserand L. De l'esprit des droits et de leur relativité, 2e édition, Paris 1939.

Keller F. Die rechtliche Beurteilung wirtschaftlicher Machtstellungen und des Monopolzwangs, Diss. Heidelberg 1930.

Kestner F. / *Lehnich O.* Der Organisationszwang, 2. Aufl., Berlin 1927.

Kirchhofer L. Beiträge zum schweizerischen Genossenschaftsrecht, Diss. Zürich 1888.

König R. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Funktion der Genossenschaft im neuen Genossenschaftsrecht, in: ZbJV 71 (Bern 1935) 457 ff.

Kummer M. Die Gleichbehandlung der Genossenschafter nach Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 273, Bern 1949.

Kundert H. Die Befugnisse des Bundes auf dem Gebiete des Kartellwesens (BV 31bis III a), Zürich 1954.

Küng E. Der Boykott, in: Wirtschaft und Recht 5 (Zürich 1953) 281 ff.

— Einzelinteresse und Gesamtinteresse, in: Festschrift zur 50-Jahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949.

— Bedeutung und Gefahren der Verbände, Vortrag v. 29. Oktober 1953.

Künzler F. Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB, Diss. Zürich 1951.

Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts 1, Allgemeiner Teil, München/Berlin 1953.

Lehmann H. Allgemeiner Teil des BGB (Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Band I) Berlin 1947.

Lorenz J. Zur soziologischen Problematik wirtschaftlicher Verbände, in: Festgabe der Freiburger Fakultät zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, Freiburg 1953, 291 ff.

Lüthi F. Der Staat und die Kartelle in der Schweiz, Diss. Neuenburg 1947.

Lütschg R. Fragen des internationalen Kartellrechts, Diss. Bern 1939.

Marbach F. Über das Kartell und die Kartellierung in der Schweiz, Bern 1937.

— Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, Bern 1932.

— Die Preisbildungskommission des EVD, in: Wirtschaft und Recht 1/2 (Düsseldorf/Basel 1951/1952) 747 ff.

— Monopolistische Organisationsformen, Bern 1950.

— Kartelle und kartellartige Organisationen, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, 2, Bern 1939, 17 ff.

Marson J. L'abus de droit en matière de contrat, thèse Paris 1935.

Marti H. Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950.

Meile A. Verein und Genossenschaft in der Verschiedenheit ihrer Zwecke, Diss. Bern 1947.

Merz H. Über die Schranken der Kartellbindung, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 302, Bern 1953.

Miller O. Der Boykott nach schweizerischem Zivilrecht, in: ZSR 46 (Basel 1927) 174a ff.

Molitor E. Zur Theorie des Vertragszwanges, in: Iherings Jahrbücher 73 (Jena 1923) 1 ff.

Müller-Erzbach R. Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, in: Archiv für die civilistische Praxis, NF 34 299 ff.

— Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1928.

Naegeli E. Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den schweizerischen Juristentag 1944 in St. Gallen, St. Gallen 1944, 151 ff.

— Die Doppelgesellschaft 1/2, Zürich 1936/1941.

Nipperdey H. C. Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.

Oftinger K. Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: SJZ 37 (Zürich 1941) 225 ff., 241 ff.

— Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 315 ff.

Ogrin N. Die rechtliche Struktur der Genossenschaft, Diss. Bern 1930.

Oser H. | Schönenberger W. Kommentar zum Obligationenrecht 1/2, 2. Aufl., Zürich 1929/1936.

Ott G. Wie weit muß sich der Einzelwille bei der Korporation des Privatrechts dem Gesamtwillen unterwerfen?, in: SJZ 12 (Zürich 1916) 365 ff.

Planiol | Ripert | Esmein. Traité pratique de droit civil français, 6, Obligations, Paris 1952.

Pozzy C. Begriff und Anwendung des wichtigen Grundes im schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1917.

Preiswerk W. Zur gesellschaftsrechtlichen Organisation von Wirtschaftsverbänden, in: SAG 18 (Bern 1945/1946) 55 ff.

Raiser L. Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 111 (Stuttgart 1948) 75 ff.

Ricot J. Le refus de contracter, thèse Paris 1929.

Ripert G. La règle morale dans les obligations civiles, 4e édition, Paris 1949.

Rossel V. | Mentha F. H. Manuel de droit civil suisse 1, 2e édition, Lausanne/Genève 1920.

Roth W. Öffentliche Submission und freier Wettbewerb, S.A. aus NZZ No. 2132 u. 2137 v. 3. Sept. 1954.

Rouast A. Les droits discrétionnaires et les droits controlés, in: Revue trimestrielle de droit civil 42 (Paris 1944) 1 ff.

Roubier P. Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse Lyon 1911.

Ruth E. Eintritt und Austritt von Mitgliedern, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 88 (Stuttgart 1926) 454 ff.

v. Salis L. R. Schweizerisches Bundesrecht, staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1874, 5 Bände, 2. Aufl., Bern 1903.

Schaeffle A. E. F. Abriß der Soziologie, Tübingen 1906.

Scherrer W. Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel 1948.

Schlatter K. Die Ein- und Austrittsfreiheit von Kartellmitgliedern, Diss. Zürich 1933.

Schmuki H. Die rechtliche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate, Diss. Zürich 1945.

Schnitzer A. Vergleichende Rechtslehre, Basel 1945.

Schrag P. Internationale Idealvereine, Bern/Leipzig 1936.

Schucany E. Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1940.

Seiler K. Verbände nach schweizerischen Vereins- und Genossenschaftsrecht, Diss. Zürich 1937.

Sieber H. Über das Ziel der staatlichen Monopol-, Kartell- und Trustpolitik, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 88 (Bern 1952) 132 ff.

Siegwart A. Die Freiheit in der Wahl der Verbandsform und bei der Einzelgestaltung ihres Inhalts, in: Festgabe der Freiburger Fakultät zur 77. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins, Freiburg 1943, 173 ff.

— Kommentar zum Obligationenrecht, die A.G. (Art. 620—659 OR), Zürich 1945.

— Kommentar zum Obligationenrecht, Die Personengesellschaften, Zürich 1938.

Simonius A. Ein verkanntes Freiheitsrecht, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Erwin Ruck, Basel 1952, 261 ff.

— Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 281 ff.

Specker Chr. Die Abgrenzung des Vereins von der wirtschaftlichen Verbandsperson, Diss. Freiburg 1948.

Speiser E. Staat und Wirtschaft, Parteien und Verbände, in: Wirtschaft und Recht 4 (Zürich 1952) 163 ff.

Spieß A. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre, Diss. Zürich 1941.

Stammler R. Wirtschaft und Recht, 5. Aufl., Berlin 1924.

— Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1926.

Staub | Pinner. Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl., Berlin/Leipzig 1926.

Stebler O. Die Nichtigkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der A.G., Diss. Freiburg 1944.

v. Steiger F. Vereine mit wirtschaftlichen Zwecken ? in: NZZ No. 316 vom 22. Februar 1945.

— Die Eintragung der Genossenschaft ins Handelsregister, Zürich 1939.

v. Steiger W. Kommentar zum Obligationenrecht 5, Die GmbH, 1. Lieferung, Zürich 1951.

Stiehle C. E. Der Eintritt in die Genossenschaft und die daran geknüpften Rechte und Pflichten, Diss. Bern 1947.

Suter P. Freiheit und Zwang bei der Wahl der Verbandsform, Diss. Basel 1946 (Masch.Schr.).

Tanner H. Die Kartellbestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Bern 1950.

Thommen J. Das Recht des Mitgliedes auf Austritt und Auflösung bei den Handelsgesellschaften, Diss. Basel 1926.

v. Tscharner R. Filmgewerbe und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1952.

v. Tuhr A. Der allgemeine Teil des BGB 3, München/Leipzig 1910/1918.

v. Tuhr A. | Siegwart A. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts 1/2, 2. Aufl., Zürich 1942/1944.

Tuor P. Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1948.

Vogel W. Die Genossenschaft als Rechtsform für Bankunternehmen nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1940.

Waldecker L. Die eingetragene Genossenschaft, ein Lehrbuch, o. O. 1916.

Weiß G. Entscheidungen zum ZGB und OR, 1912—1921 und 1922 bis 1937, Zürich 1937.

— Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, in: SJZ 39 (Zürich 1943) 513 ff.

Wertheimer M. Die Organisation des Vereins nach dem schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1928.

Wiedemann C. P. Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 19, Zürich 1908.

Wieland A. Aus dem schweizerischen Kartellrecht, in: ZSR 40 (Basel 1921) 75 ff.

Wieland K. Handelsrecht 1, München/Leipzig 1921/1930.

— Die A.G. und die GmbH im Entwurf eines rev. OR, in: ZSR 41 (Basel 1922) 111 ff.

Winkler R. Die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft nach SOR, Diss. Basel 1948 (Masch.Schr.).

Wolf E. Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze, in: ZSR 51 (Basel 1932) 51 ff.

Wygodzinsky | Müller. Das Genossenschaftswesen in Deutschland, 2. Aufl., Leipzig 1929.

ab-Yberg A. Die Haftung der Genossenschafter nach schweizerischem Rechte, Diss. Zürich 1942.

Zeidler H. Geschichte des deutschen Genossenschaftswesens der Neuzeit, Leipzig 1893.

Zoelly Ch. Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 17, Zürich 1917.

Materialien und Urteilssammlungen

Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des Zivilgesetzbuches vom 28. Mai 1904.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, vom 21. Februar 1928 (Entwurf III, Botschaft 1928).

Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des OR vom 18. Dezember 1936.

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (BV).

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE).

Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des OR, vom Dezember 1919, mit Bericht vom März 1920 (Entwurf I).

Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des OR, vom Dezember 1923, mit Bericht vom Dezember 1923 (Entwurf II).

Protokoll der Expertenkommission, herausgegeben vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement 1928 (ProtEXKomm.).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

Separatausgabe des stenografischen Bulletins der schweizerischen Bundesversammlung, Revision des OR, 1932—1936.

Stenografisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung (StenBull Ständerat, StenBull Nationalrat).

Abkürzungen

a. a. O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
BBl	Bundesblatt
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Bundesgerichtliche Entscheidungen, amtliche Sammlung
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
Diss.	Dissertation
JT	Journal des Tribunaux
N	Note
NF	Neue Folge
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StenBull	Stenografisches Bulletin
u. a. m.	und andere mehr
u. E.	unseres Erachtens
vgl.	vergleiche
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Problemstellung, soziologische und wirtschaftliche Grundlagen

§ 1 Das Problem

In Erw. 6 des bundesgerichtlichen Urteils i. S. Jud AG. ca. Großhandelsverband der sanitären Branche vom 10. Oktober 1950 [1]) führte das oberste Gericht zum Falle einer Aufnahmeverweigerung mit anschließendem Boykott des abgelehnten Bewerbers folgendes aus:

«Da die Klägerin durch die vom Beklagten hervorgerufenen Sperre in ihren persönlichen Verhältnissen, nämlich in ihrem wirtschaftlichen Persönlichkeitsrecht, in unbefugter Weise verletzt wird, hat sie gemäß Art. 28 Abs. 1 ZGB Anspruch auf Beseitigung der Störung, also auf Aufhebung des gegen sie gerichteten Boykotts.

Der einfachste Weg hiezu wäre nun zweifellos die Aufnahme der Klägerin in den beklagten Verband. Damit wären das auf dem Alleinvertretungsvertrag mit den drei Fabriken beruhende Belieferungsverbot und das durch den Vertrag mit dem SSIV (Schweizerischer Sanitär- und Installateurverband) bewirkte Verbot, von der Klägerin gelieferte Apparate zu installieren, ohne weiteres hinfällig, während andererseits keine Gefahr bestünde, daß die schutzwürdigen Bemühungen des Beklagten um Aufrechterhaltung gesunder Marktverhältnisse durch das Verhalten der Klägerin vereitelt würden, da ja die Klägerin als Verbandsmitglied zur Einhaltung der vom Beklagten aufgestellten Richtlinien verpflichtet wäre. Die Klägerin hat jedoch kein Begehren des Inhalts gestellt, daß

[1]) BGE 76 II 281 ff., vgl. auch BlZR 50 Nr. 57.

der Beklagte zu verurteilen sei, sie als Mitglied in den Verband aufzunehmen. Sie ließ sich offenbar von der Überlegung leiten, daß der als Verein organisierte beklagte Verband gemäß den Bestimmungen des Vereinsrechts in der Aufnahme neuer Mitglieder freie Hand habe und sie daher ohne Grundangabe verweigern könne. Mangels eines dahinzielenden Begehrens der Klägerin braucht somit nicht entschieden zu werden, ob unter den vorliegenden Umständen der Beklagte nicht zur Aufnahme der Klägerin verhalten werden könnte, insbesondere ob die auf die Vorschriften des Vereinsrechts gestützte Aufnahmeverweigerung einen Rechtsmißbrauch (Art. 2 ZGB) darstelle. Aus dem gleichen Grund kann offen bleiben, ob für einen Wirtschaftsverband, der die Vereinsform gewählt hat statt der sachlich richtigeren Genossenschaftsform und der eine wirtschaftliche Monopolstellung einnimmt, nicht die Pflicht zur Aufnahme von Mitgliedern besteht; dies entsprechend dem Genossenschaftsrecht, das zur Verhütung mißbräuchlicher Ausbeutung einer wirtschaftlichen Machtstellung bestimmt, daß der Eintritt neuer Mitglieder in eine Genossenschaft nicht übermäßig erschwert oder gar verunmöglicht werden darf (Art. 828/839 OR).

Die Klägerin verlangt zur Beseitigung des unzulässigen Boykotts lediglich, es sei dem Beklagten die Lösung der vertraglichen Bindungen zu befehlen, kraft denen einerseits den drei mehrerwähnten Fabriken seine Belieferung und andererseits dem SSIV und seinen Mitgliedern die Abnahme und Installation der von ihr gelieferten Apparate untersagt ist. Dieses Begehren ist gemäß der von der Vorinstanz in Anwendung kantonalen Prozeßrechts getroffenen und daher vom Bundesgericht nicht nachprüfbaren Auslegung nicht so zu verstehen, daß die Klägerin damit die Aufhebung der in Frage stehenden Verträge verlangen wolle, sondern es ist vielmehr auf eine bloße Lockerung der genannten Bindungen gerichtet in dem Sinne, daß diese der Klägerin gegenüber nicht beachtet zu werden brauchen. So aufgefaßt ist das Begehren in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als zulässig zu betrachten, was bei einem Begehren um gänzliche Aufhebung der mit dritten, am vorliegenden Prozesse nicht beteiligten Parteien geschlossenen Verträge als fraglich erschiene. Andrerseits ist eine solche Lockerung der vertraglichen Bindungen zur Beseitigung des widerrechtlichen Boykotts der Klägerin auch geeignet und ausreichend. Der Beklagte wird nämlich in Ausführung der ihm durch das vorliegende Urteil auferlegten Pflicht zur Aufhebung des Boykotts den Partnern der Alleinvertretungsverträge sowie dem SSIV mitzuteilen haben, daß der Klägerin gegenüber das durch die erwähnten Verträge bewirkte Belieferungs- und Abnahmeverbot nicht gelte. Damit hat die Klä-

gerin die Möglichkeit, im Rahmen des freien Wettbewerbs auf gleichem Fuße wie die Mitglieder des Großhandelsverbandes sich bei den Fabrikanten sanitärer Apparate um Belieferung zu bewerben, und andrerseits braucht sie nicht zu befürchten, daß ihr der Absatz der Apparate, die sie sich bei den drei in Frage stehenden Fabriken oder anderswo, sei es aus dem In- oder Ausland, hat beschaffen können, durch Installationsverweigerung seitens der Mitglieder des SSIV verunmöglicht wird. Einen Anspruch auf Belieferung durch die Fabrikanten und auf Installation der von ihr gelieferten Apparate durch die Mitglieder des SSIV hat sie allerdings nicht. Denn weder für die Fabrikanten noch für die Installateure besteht ein Kontrahierungszwang. Diese sind in der Entscheidung darüber, mit wem sie Geschäftsverkehr pflegen wollen, grundsätzlich frei. Wenn sie aber aus der Mitteilung des Beklagten ersehen, daß sie mit der Klägerin in Beziehungen treten können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, vom Beklagten wegen Bruchs der mit ihm getroffenen Vereinbarungen belangt zu werden, so ist nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der Interessenlage anzunehmen, daß sie von einer weiteren Meidung der Klägerin absehen werden, soweit die Marktverhältnisse ihnen eine Belieferung der Klägerin bzw. Bezüge bei derselben erlauben und soweit nicht in der Person der Klägerin liegende Gründe (mangelnde Zahlungsfähigkeit, Anstände bei der Geschäftsabwicklung und dgl.) ihnen eine Geschäftsverbindung als nicht erstrebenswert erscheinen lassen.

Der Beklagte hat vor Bundesgericht eventuell beantragt, er sei nur zur Lösung der vertraglichen Bindungen zu verpflichten, gemäß welcher der SSIV und dessen Mitglieder der Klägerin keine Waren abnehmen dürfen, während den Alleinvertretungsverträgen mit den drei Fabriken ihre volle Wirksamkeit zu belassen sei. Dieses Begehren scheitert aber an der Feststellung der Vorinstanz, daß die übrigen Bezugsmöglichkeiten in der Schweiz und die Importe aus dem Ausland keinen Ersatz für die gesperrten Hauptartikel der drei Werke böten und die Klägerin daher ohne diese Bezugsmöglichkeiten nicht existieren könne. Nach dem angefochtenen Urteil (S. 19) sind die Bezugsmöglichkeiten aus dem Ausland bis zum Herbst 1949 allerdings wieder ausgedehnter geworden. Ob die ausländischen Lieferungen genügt hätten, um einen Betrieb existenzfähig zu machen, bezeichnet die Vorinstanz dann jedoch als mindestens zweifelhaft. Aus dieser Wendung kann nicht geschlossen werden, daß die Vorinstanz von ihrer früheren Feststellung habe abgehen wollen.»

Dieser Passus des seither viel besprochenen bundesgerichtlichen Urteils hat den unmittelbaren Anstoß zur vorliegenden Arbeit gegeben. Der vom Bundesgericht aufgeworfenen, mangels eines entsprechenden Rechts-

begehrens nicht beantworteten Frage, ob ein Außenseiter [2]) unter Umständen einen zwingenden gesetzlichen Anspruch auf Aufnahme in einen ihn verdrängenden Monopolverband habe, soll hier näher nachgegangen werden. Dabei soll vor allem der angedeutete Weg des Analogieschlusses zu der genossenschaftsrechtlichen Regelung geprüft werden.

Als erste Frage stellt sich jene nach der Zulässigkeit der Benutzung der Vereinsform durch Wirtschaftsverbände, wobei für die Abgrenzung wirtschaftlicher/nichtwirtschaftlicher Zweck auf die bundesgerichtliche Praxis abgestellt wird, ohne uns näher in den diesbezüglichen Streit der Doktrin, der gerade in jüngerer Zeit erneut Stoff zu verschiedenen Monographien geliefert hat [3]), einzumischen. Hingegen wird besonders zu untersuchen sein, ob und worin sich der genossenschaftliche Zweck vom «wirtschaftlichen» Zweck einerseits und vom Vereinszweck anderseits unterscheidet. Anschließend wird das vereinsrechtliche und das genossenschaftsrechtliche Ein- und Austrittsrecht unter dem besonderen Gesichtswinkel des Prinzips der offenen Türe darzustellen sein, wobei auch die einleitend darzulegende soziologische und wirtschaftliche Seite des Problems nicht außer Acht gelassen werden darf. Bezüglich des Beitrittsrechts in die Genossenschaft wird speziell zu prüfen sein, ob das Genossenschaftsrecht tatsächlich einen Aufnahmezwang kennt, wie es das Bundesgericht nach den zitierten Ausführungen anzunehmen scheint, ferner, ob die besondere Regelung auf die Besonderheit des genossenschaftlichen Zwecks zurückzuführen ist. Sollte dies zutreffen, würde sich die Frage ihrer analogen Anwendung auf die als Verein organisierten Wirtschafts- und Berufsverbände stellen, unter der Voraussetzung, daß diese im Wesentlichen genossenschaftliche Zwecke verfolgen. In einem Anhang soll sodann auf weitere Möglichkeiten, den Abschließungstendenzen von Verbänden und Kartellen beizukommen, wenigstens kurz verwiesen werden.

Bei allen diesen Untersuchungen wird man sich stets zweierlei vor Augen halten müssen: Rechtlich wäre die Bejahung eines Aufnahme-

---

[2]) Das Wort Außenseiter ist hier in seiner wirklichen Bedeutung zu verstehen; es gibt in der Schweiz viele Verbände, die «anerkannte Außenseiter» kennen, d. h. Unternehmen, die zwar nicht dem Verband als Mitglieder angehören, jedoch Preisabmachungen u. ä. halten und mit dem Verband einen «Waffenstillstand» abschließen. Die Jud AG. befand sich dagegen in einer absoluten Außenseiterstellung. Vgl. zum Außenseiterproblem auch: Kestner / Lehnich a. a. O. 40 ff.; Marbach: Kartelle, Trusts . . . , a. a. O. 271; Aebi a. a. O. 19; Naegeli: Kartelle . . . , a. a. O. 161; M. Feldmann a. a. O. 59; Haffner a. a. O. 11.

[3]) F. v. Steiger a. a. O.; H. Bieri a. a. O.; Suter a. a. O. 121/124; Preiswerk am. a. O. 55; v. Graffenried a. a. O.; Specker a. a. O.; Merz a. a. O. 9 ff.

zwanges eine Einmischung in die bis jetzt unangetastet gebliebene Autonomie der Körperschaften und somit eine Abkehr von einem der Grundprinzipien unserer ganzen Privatrechtsordnung. Wirtschaftlich und soziologisch darf nicht außer Acht gelassen werden, daß die Verbände in unserem Staats- und Wirtschaftsleben heute eine derartige Stellung einnehmen, daß sie nicht mehr weggedacht werden können [4]). Das schließt jede allzu radikale Lösung aus. «Ein Zurückdrehen des Rades im Wege der Gerichtspraxis hätte nicht nur insofern den Nachteil der Rechtsunsicherheit, als im Vertrauen auf die bisherige Praxis eine Unzahl von wirtschaftlichen Entschlüssen und Investitionen gemacht wurden und als die Abgrenzungskriterien nur nach und nach zur Präzisierung und Konkretisierung gelangen würden, sondern auch hinsichtlich der Ungewißheit der konsequenten Anwendung der neuen Auffassung, sowohl bei den in Betracht fallenden staatlichen Gerichten als vor allem bei den Verbandsschiedsgerichten, deren Urteile nach heutiger Rechtslage jeder materiellen Überprüfung durch das Bundesgericht auf Gesetzesverletzung oder auch nur auf Willkür entzogen sind [5]).»

Anderseits kann man aber auch an der Tatsache nicht vorbeisehen, daß in letzter Zeit eine Anzahl krasser Mißbräuche der Verbandsmacht vorgekommen sind, die es dazu kommen ließen, daß Urteile des Bundesgerichtes wohl ausgeführt, aber durch Druckmittel des Verbandes gegenüber den Außenseitern illusorisch gemacht wurden [6]). Nicht die Tatsache, daß Mißbräuche vorgekommen sind — wo kommen sie nicht vor —, sondern die Gesinnung, die dahinter steckt, mahnt zum Aufsehen. Wohl verfolgt der größte Teil der Verbände seine Ziele mit durchaus legitimen Mitteln und handelt zum Wohle des Ganzen. Einige wenige Verbände anerkennen jedoch bei der Verfolgung ihrer Ziele die Grenzen der Rechtsausübung nach Treu und Glauben nicht mehr, weshalb nach neuen rechtlichen Mitteln gesucht werden muß. Ob das Prinzip der offenen Türe eines davon ist und ob es in unserer Rechtsordnung überhaupt seine Verwirklichung erfahren hat, soll die vorliegende Arbeit zeigen.

---

[4]) In einem Vortrag schätzte Nationalrat Schmid-Rüedin die Zahl der Verbände in der Schweiz auf 1300—1400 mit ca. 17 000 Untersektionen.

[5]) Merz a. a. O. 26/27.

[6]) Neue Zürcher Zeitung vom 5. Januar 1954, Mittagsausgabe, Blatt 4 (Was wird im «Capitol» gespielt?).

§ 2 Soziologische Grundlagen des Verbandswesens

I. Einleitung

Der Verband [7]) ist nicht nur eine rechtliche, sondern vor allem (dessen muß man sich bei der Untersuchung der damit zusammenhängenden Fragen stets bewußt sein) auch eine soziologische Erscheinung. Deshalb muß die Ein- und Austrittsfreiheit — selbstverständlich im Rahmen der positiven Rechtsordnung — unter einem soziologischen Gesichtswinkel betrachtet werden. Aufgabe des Verbands*rechtes* ist es zwar, die Abgrenzung der Stellung des Individuums von jener der Gemeinschaft vorzunehmen. Dabei hat es aber Rücksicht zu nehmen auf die Gegebenheiten des menschlichen Zusammenschlusses im Allgemeinen als auch insbesondere einer Gemeinschaft, in der sich sowohl zentripetale als auch zentrifugale Tendenzen bemerkbar machen. Die soziologische Fragestellung mündet unweigerlich in die juristische, denn sie heißt hier wie dort: Wie äußern sich diese gemeinschaftsbildenden und gemeinschaftszerstörenden Tendenzen, welches sind die Probleme, die dadurch aufgeworfen werden und wie können sie im Rahmen der Rechtsordnung gelöst werden?

Im Folgenden soll zuerst auf die Soziologie des Verbandes eingegangen werden, worauf dann speziell die Abschlußtendenzen der Verbände und das ihnen entgegenstehende Prinzip der offenen Türe vom soziologischen Standpunkt aus zu betrachten sind.

II. Die Soziologie des Verbandes

Der Verband ist sichtbarer Ausdruck des gesteigerten Sicherheitsbedürfnisses der modernen Zeit. Dieses ist auf die im Laufe des ausgehenden 19. Jahrhunderts in zunehmendem Maße in Erscheinung getretene

---

[7]) Unter Verband verstehen wir den Zusammenschluß von natürlichen oder juristischen Personen oder Personengesellschaften — wobei die einzelnen Gruppen entweder rein oder untereinander gemischt auftreten können — mit dem Zwecke der Vertretung der Interessen aller dem Verbande angeschlossenen Mitglieder gegenüber andern Verbänden, Außenseitern und dem Staate, sowie dessen Organen.

gesellschaftliche Dynamik zurückzuführen. So sagte bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts Schaeffle: «Es gibt weniger denn je einen stabilen Gesellschaftszustand. Alles ist im Fortschreiten oder im Rückschritt begriffen und selbst alle Erhaltung ist nur möglich durch ununterbrochene Neuschöpfung [8]).»

Die Art des Gesellschaftszustandes spiegelt sich wieder im sozialen Leben, das ein «auf Bedürfnisbefriedigung gerichtetes menschliches Zusammenwirken darstellt» [9]). Dieses Zusammenwirken vollzieht sich zu einem großen Teil in der wirtschaftlichen Sphäre, d. h. es dient zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse. Die sich daraus ergebenden Beziehungen führen zu einem Kampf ums Dasein, weil unter dem Zwang der Umstände jeder seine Dienste anbieten muß, um überhaupt noch bestehen zu können. «Indessen ist es eine Verkennung der sozialen Spielregeln, wenn man annimmt, es könne eine Gesellschaft Bestand haben, welche nur auf den Kampf ums Dasein abstellt [10]).» Der Mensch ist ein «zoon politikon», ein für die Gemeinschaft bestimmtes Wesen, und so setzt sich denn auch neben dem Kampf ums Dasein die Tendenz durch, sich gegenseitig Hilfe zu leisten [11]). Die Verbandsbildung ist eine natürliche und daher ununterdrückbare Tendenz in der Gesellschaft, deren Unterbindung den Spielregeln des sozialen Lebens widersprechen würde [12]).

Die Tendenz zum Zusammenschluß findet sich überall, beim sog. kapitalistischen Verband ebensogut wie beim Selbsthilfeverband im genossenschaftlichen Sinne. Sie muß sich an beiden Orten zeigen, weil sie Ausdruck des gleichen Gedankens ist: Ein schwacher Einzelner soll durch ein Zusammenwirken mit andern ein starkes Kollektiv bilden. Mit andern Worten: Eine Vielzahl von Schwachen bildet durch Zusammenschluß eine starke Gemeinschaft. Wir stehen damit auch schon vor der sonderbaren Erscheinung des Gruppenindividualismus. Das Denken des einzelnen Verbandsangehörigen löst sich von den eigenen Problemen bis zu einem gewissen Umfange los und verlagert sich auf eine andere Stufe, auf die Stufe des Verbandes. Das auf die eigene Geschäftstätigkeit bezogene

---

[8]) A. E. F. Schaeffle a. a. O. 235.
[9]) R. Stammler: Wirtschaft und Recht, a. a. O. 127.
[10]) J. Lorenz a. a. O. 295/96.
[11]) Aber: «Nur diejenige Organisation kann als eine normale gelten, in welcher die freie Selbstbestimmung des Individuums nicht aufgehoben wird.» Vgl. Schulze-Delitzsch, in der Einleitung zum Associationsbuch für deutsche Handwerker und Arbeiter, Leipzig 1853, zitiert nach: Zeidler a. a. O. 37.
[12]) Lorenz a. a. O. 296.

Denken wandelt sich in ein verbandlich orientiertes Kollektivdenken. Nur aus diesem Kollektivdenken heraus sind gewisse Aktionen von Verbänden gegenüber den Außenseitern verständlich [13]).

III. Abschließung und Prinzip der offenen Türe soziologisch gesehen

Zu welchem Zweck schließt sich der Verband nach außen ab? Dieser Abschluß ist eine jeder Gemeinschaft potentiell innewohnende Tendenz. Von der Urzelle des Interessenverbandes — der Familie — ausgehend bis hinauf zum größten staatlichen Gebilde ist das erwähnte Verhalten festzustellen, und wenn man versucht, den gemeinsamen Nenner für diese Grundhaltung zu finden, so ist es überall das Streben nach Sicherung einer erworbenen Stellung. Dazu tritt oft noch die Tendenz, die erarbeitete Basis weiter auszubauen, also ein Gewinnstreben.

Es ist unschwer einzusehen, daß ein soziologisches Verhalten, welches mehr oder weniger auf dem menschlichen Egoismus basiert — er stellt, trotz des Selbsthilfecharakters der Verbände, die eigentliche Triebfeder des Zusammenschlusses dar — nicht oder nur unter sehr großen Schwierigkeiten durch den Gesetzgeber geändert werden kann. Bei einem Verbande muß die Organisation so gestaltet werden können, daß ihm eine Führung der Geschäfte ermöglicht wird, die im Sinne des Verbandszieles, aber nicht in sklavischer Gebundenheit an den Einzelwillen des Mitgliedes erfolgen kann [14]). Dort, wo wie in der Familie die ganze Persönlichkeit des Einzelnen erfaßt wird, ist eine straffe Organisation, die zentrifugale Tendenzen an ihrer Entfaltung zu hindern hat, gar nicht nötig, weil die Ausrichtung der *ganzen* Persönlichkeit auf *ein* Ziel bereits integrierend wirkt. Werden aber, wie beim Verband, nur Einzelinteressen erfaßt, so muß demzufolge die Bindung verstärkt werden, vermehrter Zwang durch die Organisation muß an die Stelle der freiwilligen Unterordnung treten. Eine gewisse Abkapselung nach außen ist, soziologisch gesehen, eine conditio sine qua non des Verbandswesens, ohne die seine Erhaltung in Frage gestellt ist.

---

[13]) Vgl. dazu: Gutersohn a. a. O. 261. — Über Einzelhandlung und Kollektivhandlung vgl. Simonius: Verkanntes Freiheitsrecht, a. a. O. 278/79, insbesondere auch Anm. 48.

[14]) Müller-Erzbach: Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, a. a. O. 322.

Daß das Prinzip der offenen Türe ein notwendiges Element des Verbandes sei, kann deshalb nicht behauptet werden. Es ist, rein soziologisch gesehen, eine Unmöglichkeit. Die Soziologie, eine Wissenschaft der Tatsachen, kann nicht ein Prinzip, das gemeinschaftswidrig ist und jeglicher soziologischer Erkenntnis widerspricht, befürworten. Es ist deshalb nicht zufällig, daß das Postulat der offenen Türe bis jetzt noch nirgends richtig Fuß fassen konnte. So gut wie die Kampftendenzen ihren soziologischen Sinn und ihre relative Berechtigung haben, so gut haben dies auch die Verbände [15]). Es steht fest, daß die Verbandsbildung eine natürliche und daher ununterdrückbare Tendenz in der menschlichen Gesellschaft ist [16]), denn sie bildet das Gegengewicht zum Kampf in der Gesellschaft. Daß man durch gesetzliche Regelung nicht zur Schaffung einer soziologisch nicht bestehenden Grundlage kommen kann, hat sich schon in verschiedenen Fällen gezeigt, nicht zuletzt bei den Bestimmungen über die Heimstätten [17]). Die Erfahrungen haben den Eindruck erweckt, daß die durch das Recht gegebenen Formen nicht von sich aus wirklichkeitsgestaltend sind [18]), wenn sie nicht durch soziologische Gegebenheiten schon irgendwie vorgezeichnet sind. Das eben Gesagte gilt, vom soziologischen Standpunkt aus gesehen, auch für das Prinzip der offenen Türe.

§ 3 Wirtschaftliche Aspekte des Verbandswesens

I. Die wirtschaftsgeschichtliche Entwicklung der Verbände

Wenn wir die Grundlagen des heutigen Verbandswesens suchen, haben wir weiter als bis zur Zeit der Zünfte zurückzugehen. Wir müssen uns an die Streitigkeiten erinnern, die die Städte einerseits und die Fürsten und den Landadel andrerseits im Mittelalter entzweiten. Die Ursache dieser Streitigkeiten lag z. T. darin, daß die Fürsten die Beherrschung von Zufahrtswegen und Brücken dazu benutzten, den Handel der Städte zu beschränken [19]). Selbstverständliche Reaktion gegen diese Beschränkungen war der Zusammenschluß der an freien Handelswegen interessier-

---

[15]) Lorenz a. a. O. 296.
[16]) Vgl. etwa Lorenz a. a. O. 296.
[17]) ZGB 349 ff.
[18]) Lorenz a. a. O. 319.
[19]) Speiser a. a. O. 163.

ten Städte. Der Druck von außen bewirkte eine Verstärkung des Gemeinschaftssinnes der Bürger. Da der einzelne gegen die Macht der Fürsten nicht aufzukommen vermochte, schlossen sie sich in Verbänden zusammen.

Das nachfolgende Zunftregime trieb diese Entwicklung auf die Spitze, indem der Wirtschaft ein vollständiger Sieg über den Staat gelang [20]). Einfuhrbeschränkungen, Beschränkungen der Arbeiterzahl usw. waren in dieser Periode äußerst leicht zu verwirklichen, weil deren Nutznießer mit den hauptsächlichsten Trägern der staatlichen Gewalt identisch waren. Einseitigster Schutz der Handwerkerinteressen, ein erbarmungsloser Kampf gegen Außenseiter — die heutigen Maßnahmen einzelner Verbände gegenüber ihren Außenseitern sind nur ein schwacher Abglanz davon — und die Nichtbeachtung der Existenzbedürfnisse der andern Wirtschaftsgebiete führten zum Zerfall des Zunftwesens, «weil jede auf die Spitze getriebene Entwicklung schon die Keime des Zerfalls in sich trägt, und weil sie selber die Kräfte weckt, die einmal zu ihrer Zerstörung dienen» [21]).

In den folgenden Jahrzehnten entwanden die Bürger den Zünften die Staatsgewalt, beließen ihnen aber ihre gesellschaftlichen Funktionen. Die Periode des laisser aller, laisser faire brach an. Es war die Zeit des wirtschaftlichen Liberalismus, in welcher man versuchte, das Naturgesetz der Wirtschaft zu finden [22]). Mit anderen Worten: man wollte einer vorausgesetzten Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft den Lauf lassen. Man glaubte in jener Zeit zu erkennen, daß jedem wirtschaftlichen Tun ein absolutes Handlungsgesetz inhaerent sein müsse. Eine solche Wirtschaft muß eine autonome sein, der Einzelne soll frei bestimmen können, was er wirtschaftlich tun oder lassen will. Er ist als Individuum Träger der Wirtschaft. Die Selbstbestimmung hat als Korrelat die Selbstverantwortung: Jedes Wirtschaftssubjekt ist für sein wirtschaftliches Handeln selber voll verantwortlich: es trägt die Verluste allein, es kassiert aber auch die Gewinne allein ein. Aus der Selbstbestimmung und der Selbstverantwortung des Wirtschaftssubjektes geht logisch hervor, daß es auch im Selbstinteresse handeln kann. Dieses stellt das regulierende Prinzip einer freien Wirtschaft dar [23]). Aus den drei genannten Faktoren Selbstbestimmung, Selbstverantwortung und Handeln nach dem Selbstinteresse wird der Zustand der freien Konkurrenz geboren. Nach der Theorie des Wirt-

---

[20]) Speiser a. a. O. 164.
[21]) Speiser a. a. O. 164.
[22]) Goetz Briefs a. a. O. 30.
[23]) Goetz Briefs a. a. O. 31.

schaftsliberalismus ist die freie Konkurrenz das Idealbild: sie steuert die Wirtschaft, regelt die Preise, unterbindet Monopolbestrebungen und verhindert einen ungerechten Gewinn.

Dieser Wirtschaftsauffassung muß nach den heutigen Erfahrungen ein Fehler anhaften. Er liegt darin, daß der Mensch nicht der gute, der vernünftige Mensch ist, wie er vom wirtschaftlichen Liberalismus vorausgesetzt worden war. Weiterhin hat der wirtschaftliche Liberalismus übersehen, daß nicht alle Beziehungen der Menschen zueinander Individualbeziehungen sind. Goetz Briefs charakterisierte diese Fehler folgendermaßen: «Dieser Philosophie der Wirtschaft lag ein ontologischer Irrtum zu Grunde, der Irrtum, daß alle Beziehungen innerhalb der Gesellschaft Individualbeziehungen seien, die sich auf Austausch und damit auf Austauschgerechtigkeit reduzieren lassen [24].» Dieser Irrtum war begründet durch die Verkennung gewisser fundamentaler soziologischer Spielregeln, die wir bereits vorne [25] dargelegt haben. So paßte sich denn das Wirtschaftssubjekt, das seine Ohnmacht in dieser zu freiheitlichen Art der Wirtschaftsordnung erkannt hatte, den tatsächlichen Gegebenheiten an. Zuerst die Arbeiterkreise in Form der Gewerkschaft, dann die Arbeitgeber. Das anonyme Spiel von Angebot und Nachfrage sollte ersetzt werden durch Vereinbarungen zwischen organisierter Arbeiterschaft und Unternehmern [26]. Der «ontologische Irrtum» [27] wurde durch die tatsächlichen Verhältnisse klargestellt.

Wir stehen noch heute mitten in der soeben geschilderten Entwicklung der *Organisierung des Marktes.* Ihr Ende ist noch nicht abzusehen, ebensowenig wie die endgültige Richtung, die sie nehmen wird. Daß die Verbände in der heutigen Wirtschaftsordnung fest im Sattel sitzen, ist eine Tatsache. Daß mit ihrer Macht zu rechnen ist, bewiesen die letzten Jahre eindrücklich. Daß damit auch die Versuchung kommt, diese Macht zu mißbrauchen, haben einige Fälle der jüngsten Vergangenheit klar vor Augen geführt [28]. Das Problem der offenen Türe ist demnach von brennender Aktualität. Im Folgenden soll eine Frage geprüft werden, die sich im Zusammenhang mit diesem Problem aufdrängt: Tötet die Verbandswirtschaft die Konkurrenz ab? Es ist nicht zu übersehen, daß sich je nach der Antwort eine völlig andere Betrachtungsweise für das eben genannte Prinzip ergeben kann. Würde die Konkurrenz von den Ver-

---

[24]) Goetz Briefs a. a. O. 31/32.
[25]) Vorne § 2.
[26]) Goetz Briefs a. a. O. 32
[27]) Goetz Briefs a. a. O. 31/32.
[28]) Siehe dazu das von Küng: Boykott a. a. O. 283 erwähnte Beispiel.

bänden wirklich beseitigt, so müßten sich damit die Verbände in offenen Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung setzen, die sich auf dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit aufbaut. Ist dies aber nicht der Fall, d. h. lassen die Verbände die Konkurrenz grundsätzlich bestehen, so werden die Grundfragen des Prinzips der offenen Türe überhaupt erst aktuell. Eine Erörterung des Problems wäre in einem Staate, der keine Konkurrenz kennt, überflüssig. Eine wirtschaftliche Organisation würde in diesem Falle vom Staate gelenkt, der sich des Mittels des Zwangskartells bedienen müßte, um das Ziel der Konkurrenzlosigkeit zu erreichen. Gerade bei diesen Zwangskartellen ist aber der Beitritts- und Kontrahierungszwang ein wesentlicher Bestandteil ihres Bestehens überhaupt [29]). Da aber unser geltendes Recht die Konkurrenz anerkennt, haben wir das Problem im Folgenden zu erörtern.

II. Die Funktionen der Verbände in der Wirtschaft [30])

Die Bedeutung der Verbände äußert sich nicht nur in ihrer volkswirtschaftlichen, sondern weitgehend auch in ihrer fachlichen, gesellschaftlichen und privatwirtschaftlichen Funktion. Je wichtiger die Verbände werden, desto wichtiger ist es, daß ihre Mitgliedschaft erworben werden kann.

Die *gesellschaftliche* Funktion der Verbände äußert sich darin, daß sie dem Bedürfnis der Berufsgenossen, sich zusammenzuschließen, entgegenkommt. Mit diesem Zusammenschluß verhindern sie einenteils die Vermassung, sie schließen auch ein berufliches Einzelgängertum aus, bergen jedoch andernteils die Gefahr der gesellschaftlichen Einseitigkeit in sich, die jedem Zusammenschluß inhaerent ist. Beim Verband wie beim Staat wird jedoch eine solche Einseitigkeit bis weit in alle Verästelungen der mit ihm verbundenen Wirtschaftszweige hinaus wirksam [31]) und der Vorwurf, den Merz an die Adresse solcher Inzucht betreibender Verbände richtet, mag von diesem Gesichtspunkt aus nicht unberechtigt sein [32]).

---

[29]) Vgl. Biermann a. a. O. 267—322, insbesondere 280 ff.

[30]) Wir folgen mit der Einteilung der Funktionen dem Schema von Küng: Vortrag.

[31]) Vgl. z. B. im größeren Rahmen die Ausstrahlungen des amerikanischen Protektionismus.

[32]) Merz a. a. O. 67: «Es ist nicht selten übler und enger Zunftgeist . . . der über die Zulassung zum Kartell entscheidet.»

Neben ihrer gesellschaftlichen Funktion erfüllen die Verbände aber in noch ausgedehnterem Maße eine *fachliche*, insofern nämlich, als sie als Zusammenschlüsse von Angehörigen gleicher oder verwandter Branchen aufgefaßt werden. Die berufliche Weiterbildung der Mitglieder, die Schulung der Lehrlinge, die Vermittlung von Stellen dienen der Hebung des beruflichen Niveaus und bedeuten sowohl für die betreffende Branche als auch für die gesamte Volkswirtschaft einen nicht zu unterschätzenden Vorteil. Damit soll allerdings nichts ausgesagt sein über die Wünschbarkeit und Nützlichkeit der Einführung von Fähigkeitsausweisen [33]).

Wohl die wichtigste Funktion der Verbände ist die *wirtschaftliche*. Wirtschaftlich-funktionell betrachtet, bezweckt der Verband die Wahrung der gemeinsamen — vor allem der ökonomischen — Interessen. Der Einzelne ist dadurch, daß er sich mit anderen zusammenschließt, imstande, im Wirtschaftskampf günstigere Positionen zu erringen. Durch den Zusammenschluß wird eine Beschränkung des Wirtschaftskampfes angestrebt. Die Konkurrenz wird dadurch nicht unterbunden; der Wirtschaftskampf verlagert sich nur auf eine andere Ebene: Es kämpfen innerhalb des Verbandes die einzelnen Mitglieder um die Verbesserung ihrer Positionen, der Verband kämpft nach außen für die Interessen seiner Mitglieder. Ein Befürworter der liberalen Wirtschaftsrichtung bezeichnete diese Tatsache als «Verschiebung der Auseinandersetzungen vom Markt in den Konferenzsaal» [34]).

Eine nicht zu unterschätzende Stellung nehmen die Verbände in *wirtschaftspolitischer* Hinsicht ein. Man denke einerseits an den Kampf um Bedürfnisklauseln und Fähigkeitsausweise u. a. m., vergesse aber andrerseits die Dienste nicht, welche die Verbände während zweier Weltkriege zum Wohle des Staates geleistet haben, indem sie durch die Zurverfügungstellung ihrer Organisationen — und vieler ihrer fähigsten Köpfe — den reibungslosen Ablauf der Güterverteilung ermöglichten [35]). Schließlich ist auch die wirtschaftliche Stabilisierung weitgehend den Verbänden zu verdanken, die durch verschiedene Abkommen die Gefahr von Streiks u. ä. bannten und damit große wirtschaftliche Verluste zu

---

[33]) Das Problem der Fähigkeitsausweise kann in dieser Arbeit nicht behandelt werden, da es nicht das Verhältnis von Wirtschaftssubjekten untereinander auf privatrechtlicher Basis regelt, sondern einen Eingriff des Staates in die Handels- und Gewerbefreiheit darstellt und somit eine Handlung des Wirtschaftsinterventionismus ist.

[34]) Küng: Vortrag.

[35]) Vgl. Speiser a. a. O. 172.

verhüten imstande waren. Daß daneben die Gefahr besteht, daß wohl die Preise stabilisiert werden, daß aber diese Stabilisierung nur zugunsten des Verbandes vorgenommen wird, ist nicht abzustreiten. Es können dadurch Verschiebungen in der Verteilung des Sozialproduktes vorkommen, die sich zu Ungunsten des Konsumenten [36]), jenes forgotten factor [37]) unserer Wirtschaftspolitik, auswirken.

III. Verband und Konkurrenz

Als Grundlage der späteren rechtlichen Betrachtung des Prinzips der offenen Türe muß hier noch über das Verhältnis zwischen Verband und Konkurrenz gesprochen werden. Das Prinzip der offenen Türe und das Problem der Konkurrenzfreiheit oder der Konkurrenzbeschränkung durch Verbände hängen nämlich eng zusammen. Aufnahmefreiheit und Aufnahmezwang stellen eine Funktion der Konkurrenz dar. Wäre der Wettbewerb *atomistisch* [38]), so wäre begrifflich kein Zusammenschluß möglich, da beim Vorliegen eines solchen Zusammenschlusses das vorausgesetzte, individualistisch aufgefaßte Spiel der wirtschaftlichen Kräfte nicht mehr funktionieren könnte. Es wäre in diesem Falle auch das Problem der offenen Türe nicht mehr relevant, weil eben keine Verbände existierten oder wenn es solche geben würde, sie aus dem Begriff des atomistischen Wettbewerbs heraus die Türe offen halten müßten. Um zu erkennen, ob das Spiel der Kräfte in der Verbandswirtschaft aufhört und vor allem, wann das Problem der offenen Türe aktuell wird, muß der absolut freien Wirtschaft die verbandlich organisierte Wirtschaft gegenübergestellt werden.

1. Die vollkommene Konkurrenz [39])

Die vollkommene Konkurrenz ist ein Gedankenmodell, keine Realität. Sie basiert auf Voraussetzungen, die das Leben in der reinen Form, welche ihr Funktionieren überhaupt erst gewährleisten könnte, gar nicht

---

[36]) Küng: Vortrag.

[37]) Merz a. a. O. 45.

[38]) Atomistisch ist der Wettbewerb dann, wenn die Wirtschaftssubjekte ohne jegliche Bindung frei am Markt tätig werden. Vgl. dazu Marbach: Kartelle, Trusts . . . , a. a. O.; monopolistische Organisationsformen, a. a. O.

[39]) Unter vollkommener Konkurrenz ist die freie Konkurrenz des Wirtschaftsliberalismus zu verstehen. Sie entspricht dem von Marbach verwendeten Ausdruck «atomistische Konkurrenz».

bieten kann. «Es muß angenommen werden, daß reine Konkurrenz besteht, daß die Wirtschaftssubjekte sich rein rational verhalten und die Fähigkeit haben, die für sie relevanten Marktsituationen zu durchleuchten, daß sie als Unternehmer nach dem größten Gewinn und im übrigen nach dem größten Nutzen streben, daß der Zeitbedarf der wirtschaftlichen Anpassung gleich null ist und daß schließlich sich das Geld neutral verhält» sagt Jöhr [40]) von einer Wirtschaftsordnung, die die vollkommene Konkurrenz im Sinne der liberalen Theorie verwirklichen wollte.

Die Theorie der vollkommenen Konkurrenz trägt den Keim ihrer Nichtrealisierbarkeit in doppelter Hinsicht in sich. Einmal braucht es, wie eben erwähnt, eine ganze Reihe denkmodellgemäßer Voraussetzungen, die in der Reinheit ihrer Erscheinung nicht möglich sind, weil der Lebensvorgang durch andere Faktoren beeinflußt wird. Es ist z. B. unmöglich, daß sich alle Wirtschaftssubjekte rational verhalten. Andrerseits liegt es im Wesen der liberalen Wirtschaft, daß sie «durch die Brille des einzelnen Geschäftes, der einzelnen Firma gesehen», Gewinn erzielen, Rendite erstreben muß [41]). Das heißt, daß jeder Gewerbetreibende um einen möglichst großen Gewinn kämpfen muß. Wirtschaftlich gesehen wird dieser Kampf ums Dasein zu einem Kampf um den Kunden [42]). Diese Kampftendenz ist aber wiederum eine dem Denkmodell der freien Konkurrenz in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen fremde Erscheinung. Der Kampf aller gegen alle trägt in sich den Keim zum Zusammenschluß, von dem man die Beendigung des Kampfes erhofft. Im Zusammenschluß lag denn auch die Rettung vor dem übersteigerten Wirtschaftsindividualismus, der zum Ruin ganzer Industrien führte.

Die Hauptfrage dieser Arbeit — Aufnahmezwang und Beitrittsrecht — würde nach dem Gesagten in einer von der schrankenlosen Konkurrenz beherrschten Wirtschaft offensichtlich gegenstandslos. Sie stellt sich nur in einer tatsächlich vorhandenen Wirtschaft, welche auf dem soziologischen Zusammenschluß, der von der Lehre des reinen Wirtschaftsliberalismus nicht beachtet würde, basiert.

2. Die Konkurrenz im Zeitalter der Verbände

Wie wir gesehen haben, ist der schrankenlos freie Wettbewerb eine Utopie, die in der Praxis nicht verwirklicht werden konnte. Nichtsdestoweniger hatte diese Theorie aber doch einen wesentlichen Einfluß auf

---

[40]) W. A. Jöhr a. a. O. 240.
[41]) F. Marbach a. a. O. 5 oben.
[42]) Marbach: Kartell, a. a. O., 5 unten.

die heutige Wirtschaftsgestaltung, indem man trotz des vermehrten Zusammenschlußbedürfnisses nicht von einer Kollektivierung der Massen und der Wirtschaft sprechen kann. Der Einzelne wird nach wie vor als Individuum gewertet. Darauf baut unsere Gesetzgebung immer noch auf. Der Wirtschaftsliberalismus hat in die schweizerische Gesetzgebung keinen Eingang gefunden, weil unser Gesetzgeber wohl vorwiegend von liberalem Gedankengut beeinflußt war, sich aber mit seinen utopischen Ideen nicht identifizierte. Der Mangel an Realitätssinn, der dem Wirtschaftsliberalismus vorgeworfen werden muß, liegt in der Tatsache begründet, daß er den Menschen nur als Individuum sah, nicht aber als Wesen in der Gemeinschaft.

Die Trägheit [43]) der Wirtschaft als solcher und die Erhöhung der Risiken haben zu einem ausgesprochenen Sicherheitsbedürfnis geführt. Ein durch zu große Risiken in seiner Entschlußkraft gehemmtes Wirtschaftssubjekt verbindet sich mit anderen, um das Risiko zu verteilen. Das Resultat ist eine *Dämpfung der Konkurrenz, nicht aber deren Vernichtung*. Sie besteht weiter fort; innerhalb des Verbandes als Kampf der Mitglieder um einen größeren Anteil am Markt [44]); in unverminderter Heftigkeit tobt der Konkurrenzkampf zwischen den einzelnen Verbänden und zwischen Verband und Außenseiter. «Es dürfte ohne weiteres klar sein, daß die Verdrängung eines Außenseiters ausgesprochenen Wettbewerbscharakter hat. Auch in einer nicht kartellgebundenen Wirtschaft findet man nicht selten Konkurrenzhandlungen, die auf eine absolute Ausschaltung des Mitbewerbers abzielen, wobei auch niemand bestreiten wird, daß es sich um Wettbewerb handle [45]).» Man hat eingesehen, daß es nutzlos ist, Kapitalinvestitionen durch einen hemmungslosen Konkurrenzkampf der Vernichtung preiszugeben. Das theoretische freie Spiel der Kräfte ist in praxi durch eine Wirtschaft ersetzt worden, welche die am Markt wirksamen Kräfte vernünftig zu lenken sucht. Dadurch können u. U. dem sog. «letzten Konsumenten» preisliche Nachteile entstehen, indem durch eine vom Verband ausgehende Stabilisierung nicht der «gerechte Preis», sondern ein über diesem liegender fixiert wird. Dieser Tatsache steht aber die Stabilisierung als solche gegenüber, die dem Verbraucher einen Schutz vor plötzlichem Verlust durch übermäßige Schwankungen der Lebenskosten gibt.

---

[43]) Trägheit in dem Sinne verstanden, daß eine wirtschaftliche Anpassung an neue Gegebenheiten ihre Zeit braucht. Das Beharrungsmoment der Wirtschaft ist nicht, wie es der Wirtschaftsliberalismus voraussetzte, gleich null.

[44]) Man denke z. B. an Reklame, Ausstattung usw.

[45]) Vgl. Naegeli: Kartelle, a. a. O. 162.

IV. Abschließung und Prinzip der offenen Türe wirtschaftlich gesehen

Marbach hat die wirtschaftliche Problematik der Frage Abschließung oder offene Türe in den folgenden Worten vortrefflich zusammengefaßt [46]: «Sollen wir die getane Arbeit schützen und einen jungen Mann mit neuen Methoden zum Nichtverdienen und daher auch zum Nichtzeugen in legitimer Form verurteilen? Dürfen wir das? Sollen wir den Jungen die Tore der Welt öffnen, ganze Unternehmen entwerten, Banken zusammenbrechen lassen und denjenigen, die ein Leben lang ehrlich gearbeitet haben, gespart und auf Recht vertraut haben, die Ruhe des Alters nehmen, da sie ja vom Ertrag der alten Substanz via Kreditorganisation oder Versicherungskasse abhängig sind?»

Gesamtwirtschaftlich wirkt sich die Abschließung in einer Verschärfung der der Verbandswirtschaft, wie wir gesehen haben, ohnehin eigenen Dämpfung der Konkurrenz und ihrer Verlagerung in eine andere Ebene aus und kann bei vollständiger Durchorganisierung eines Berufs- oder Wirtschaftszweiges unter Beseitigung aller Außenseiter zu deren völliger Vernichtung führen. Die volkswirtschaftliche Schädlichkeit solcher Monopolstellungen ist unbestritten. Nicht nur verhindern sie den Zutritt junger Männer mit neuen Ideen — wie Marbach [47] sich ausdrückt — zum betreffenden Markt, was zu einer ungesunden Erstarrung der Wirtschaft an sich führt, sondern sie lassen auf dem Rücken des Konsumenten, jenes forgotten factor unserer Wirtschaft, Profite herausholen, wie sie bei einer Wirtschaft, in der die Konkurrenz, wenn auch mit den durch die Verbandsbildung an sich gegebenen Einschränkungen noch spielt, nicht möglich wäre [48].

Es ist nun aber fraglich, ob das Prinzip der offenen Türe im Verbandsrecht diese wirtschaftlich ungesunden Wirkungen zu beheben vermöchte. Auf der einen Seite ist man versucht, diese Frage zu bejahen. Der Umstand, daß jederzeit neue Wirtschaftssubjekte sich einem Verband anschließen und damit von den Anstrengungen der «Eingesessenen» profitieren (ja diese u. U., wie aus dem Zitat von Marbach hervorgeht, zerstören können), müßte die Triebfeder der verbandlichen Organisation, den Wirtschaftsegoismus, sehr schwächen und damit hemmend für

---

[46]) Marbach: Über das Kartell . . . , a. a. O. 47.
[47]) Marbach a. a. O. 47.
[48]) Vgl. besonders für das Submissionswesen: Roth a. a. O.

diese selber wirken. Außerdem ist es eine Erfahrungstatsache, daß sich gerade wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisbindungen nur im kleinen, geschlossenen Kreis wirksam durchsetzen lassen, während sich bei größerem und insbesondere bei wechselndem Mitgliederbestand mit der Zeit die wirtschaftlichen Verhältnisse oft über derartige Bindungen hinwegsetzen.

Anderseits kann nicht übersehen werden, daß gerade die offene Türe die Durchorganisation der einzelnen Wirtschafts- und Berufszweige zu fördern vermag, daß sie also das Gegenteil dessen bewirkt, was man gemeinhin von ihr erwartet. Das Prinzip der offenen Türe bedeutet nämlich ohne Zweifel eine erhebliche Erleichterung der lückenlosen Erfassung aller Wettbewerber in einem bestimmten Wirtschaftssektor und damit der Monopolbildung. Vornehmlich der wirtschaftlich schwache Außenseiter wird, wenn diese Möglichkeit besteht, sich so schnell als möglich in die Arme des Verbandes retten, der die Konditionen, Tarife etc. ja bekanntlich immer nach dem «schwächsten Schiff im Konvoi» ausrichtet. Aber auch für den wirtschaftlich stärkeren Außenseiter wäre der Anreiz zum Beitritt fast unwiderstehlich groß. Abgesehen davon, daß der Verband oft erhebliche faktische Druckmittel zur Verfügung hat, um den Beitritt zu erzwingen, ist es unbestreitbar, daß das Wirtschaften im und mit dem Verband bequemer und regelmäßig auch einbringlicher ist als gegen den Verband; zudem macht die starke Krisenempfindlichkeit unserer Wirtschaft, die ihren Grund wesentlich im Fehlen eigener Rohstoffe hat [49]), den Verbandsschutz besonders verlockend. Das alles gilt in noch vermehrtem Maße für den neu am Markt auftauchenden Wettbewerber, der sich nicht mehr gezwungen sieht, sich in Konkurrenz mit dem Verband und seinen Mitgliedern durchzusetzen. So bestünde die große Gefahr, daß die gesamte Wirtschaft oder doch einzelne wichtige Sektoren über kurz oder lang einen einzigen Interessenverband bildete. Durch diese ausnahmslose Erfassung sämtlicher Wirtschaftssubjekte würde zwar, was an sich wünschenswert wäre, der Anteil des einzelnen Verbandsmitgliedes am wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Superprofit kleiner. Damit wäre aber die Tatsache der Preispolitik auf Kosten des Konsumenten noch nicht aus der Welt geschafft. Im Gegenteil, sie würde wahrscheinlich noch verschärft, da das regulierende Moment wirtschaftlich starker Außenseiter, die den Verband beeinflussen könnten, fehlt, verbandsinterne Konkurrenz für sich allein aber die freie Wettbewerbswirtschaft kaum in Gang zu halten vermöchte. In der Verbandswirtschaft ist der

---

[49]) Lüthi a. a. O. 48/49.

starke Außenseiter daher von überragender Bedeutung für den Konsumenten.

Auch wirtschaftlich gesehen ist deshalb, wenn auch nicht so eindeutig wie vom soziologischen Standpunkt aus, das Prinzip der offenen Türe abzulehnen. U. E. ist dieses Prinzip in der wirtschaftlichen Praxis zur Bekämpfung der dem Verbandswesen an sich eigenen Tendenz zu Konkurrenzbeschränkungen und Konkurrenzausschaltung nicht nur ungeeignet, sondern fördert diese geradezu, indem es die Erfassung möglichst aller Wirtschaftssubjekte erheblich erleichtert. Eher als das notwendigerweise starre Prinzip der offenen Türe [50]) wäre vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ein Vorgehen in jenen Einzelfällen zu bejahen, wo die Abschlußtendenzen durch Ausschaltung des freien Wettbewerbs sich volkswirtschaftlich verhängnisvoll oder doch zum mindesten sehr gefährlich auswirken oder wo sie zu eigentlichen Verdrängungsboykotten führen. Auf diese Weise würde man, um wieder in den Worten Marbachs zu reden, sowohl den «Eingesessenen» die «Ruhe des Alters wahren» als auch den Jungen den Aufstieg nicht völlig verrammeln, wobei gleichzeitig die Interessen der Konsumenten gewahrt würden. Ob in diesen Fällen, immer vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen, das rechtliche Heilmittel in einem individuellen Aufnahmeanspruch liegt oder in anderen privatrechtlichen Mitteln oder sogar in einer öffentlich-rechtlichen Regelung (Kartellgesetzdiskussion!) kann dahingestellt bleiben [51]).

---

[50]) Hefti a. a. O. 45.

[51]) Vgl. dazu Hefti a. a. O. 1 ff.

2. TEIL

Mittel und Zweck als Unterscheidungsmerkmal zwischen Genossenschaft und Verein

§ 4 Überblick über die Rechtsformen der Verbände

I. Allgemeines

Der grundsätzliche Entscheid für oder gegen die Verbände, für oder gegen einen überbetonten wirtschaftlichen Individualismus liegt in jeder Rechtsordnung beim Gesetzgeber. Die konkrete soziologische und wirtschaftliche Situation sowie der historische Hintergrund werden dabei wesentlich mitbestimmend sein. In der Schweiz ist der Entscheid in Richtung einer sehr großen Verbandsfreiheit gefallen: Die Möglichkeiten der rechtlichen Organisation sind äußerst mannigfaltig. Anderseits ist keine dieser Rechtsformen spezifisch auf die Bedürfnisse des Verbandes zugeschnitten. Es gibt keine «Rechtsform des Verbandes». Seine wirtschaftlichen und soziologischen Erscheinungsformen sind zu komplex, die diesbezügliche Entwicklung zu rasch, als daß sich die Berücksichtigung aller Bedürfnisse in einer Rechtsform durchführen ließe.

Die Unmöglichkeit einer solchen «Universal-Rechtsform» für Verbände hat dazu geführt, daß, wie in andern Ländern, auch in der Schweiz verschiedene Verbandsformen zur Verfügung stehen. «Die getroffenen Unterscheidungen stützen sich auf die Verschiedenheit der verfolgten Zwecke und der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen des Zustandekommens und der Lebensentfaltung der verschiedenen Verbandsformen [1].» Immerhin kann dabei nicht über die gemeinsamen Merk-

[1]) Siegwart: Verbandsform, a. a. O. 177.

male hinweggesehen werden, welche die verschiedenen Formen verbinden. Diese haben ihre Wurzeln vor allem im Soziologischen. Das Recht hat dann auf diesem «soziologischen» Substrat die den verschiedenen Erfordernissen angepaßten Einzelformen in ihrer unterschiedlichen Akzentuierung geschaffen.

2. Im folgenden soll vorerst ein knapper Überblick gegeben werden über die einzelnen von ZGB und OR vorgesehenen Organisationsformen und ihre grundsätzliche Eignung für Verbände, um dann in den übrigen Paragraphen dieses zweiten Teils näher auf den Begriff des wirtschaftlichen Zwecks im Allgemeinen, wie er in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgefaßt wird, und des genossenschaftlichen im Speziellen einzutreten als Unterscheidungskriterien von Verein und Genossenschaft als den in der Praxis wohl gebräuchlichsten Verbandsformen. Dabei wird auch das Wesen der Kartellzwecke, deren Zuordnung zu den wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen Zwecken im Sinne des Gesetzes in der Doktrin, weniger in der Gerichtspraxis, sehr umstritten ist, am Rande gestreift werden müssen, verfolgt doch heute der größte Teil der Wirtschaftsverbände auch Kartellzwecke, und sind es gerade diese auf die Einschränkung der Konkurrenz gerichteten Zwecke [2]), welche das Problem der offenen Türe im Verbandsrecht haben akut werden lassen. Kartell und Verband sind auch insofern gleichgerichtet, als, was für die Anwendbarkeit genossenschaftlicher Normen ausschlaggebend sein wird, beide dem Schutz gemeinsamer Interessen ihrer Mitglieder dienen [3]), also grundsätzlich eigentliche Selbsthilfeorganisationen sind. Es scheint uns deshalb als zulässig, bezüglich des hier zur Diskussion stehenden Problems die Ausdrücke Verband und Kartell als Synonyma zu verwenden [4]).

---

[2]) Vgl. Merz a. a. O. 1 N. 1. — Zum Kartellbegriff Gysin, Kartellrecht, a. a. O. 366 ff.; Tanner a. a. O. 54 ff.; Hefti a. a. O. 1/2 und die dort Zitierten. — Das Gesagte gilt auch für den Vertikalvertrag, vgl. Merz a. a. O. 3, 29; Kundert a. a. O. 44; speziell auf den Exklusivvertrag bezogen: Gysin, Kartellrecht, a. a .O. 412; BGE 76 II 284.

[3]) Gleiche Wirkungen kann auch ein Gentlemen's Agrement haben. Von beiden unterscheidet sich dieses aber dadurch, daß es nicht auf einer rechtsverbindlichen Vereinbarung beruht, sondern in bloßem faktischen Verhalten, nämlich in der Nichtanknüpfung geschäftlicher Beziehungen mit bestimmten Kunden oder der Einhaltung gewisser Bedingungen besteht; vgl. Merz a. a. O. 61, 65; Hefti a. a. O. 36.

[4]) So auch Merz a. a. O. 46/47.

II. Der Verband in der Rechtsform eines Vereins

Der Verband kann sich als Verein organisieren, sofern er von der Verfolgung *nur* wirtschaftlicher Zwecke im Sinne von Art. 59 Abs. 2 ZGB absieht; was darunter in der Praxis verstanden wird, ist im folgenden Paragraphen darzulegen. Hier soll vorläufig lediglich festgehalten werden, daß die Verfolgung von wirtschaftlichen Nebenzwecken, insbesondere auch kartellistischen, die Organisation des Verbandes in Vereinsform nicht verunmöglicht.

Die Entstehung eines Verbandes in der Rechtsform eines Vereins ist denkbar einfach. Der Verein erhält die juristische Persönlichkeit dann, wenn er durch die Statuten den Willen kundgetan hat, ein Verein zu sein [5]). Der Wille, als Körperschaft zu bestehen, kann sich auch aus den Umständen ergeben [6]). Betreibt der Verein kein Gewerbe, so ist er nicht zum Eintrag ins Handelsregister verpflichtet und kann so einer unter Umständen unerwünschten Publizität aus dem Wege gehen.

Die Eignung des Vereinsrechts für Verbände ist weitgehend durch die Elastizität des Mitgliedschaftsrechts bedingt, gestattet doch ZGB 70 Abs. 1 praktisch eine vollkommene Anpassung an die jeweiligen Erfordernisse. So erlaubt z. B. die Ordnung des Stimmrechts [7]) eine beliebige Ausgestaltung der Stimmkraft der einzelnen Mitglieder. Dadurch ist es möglich, wirtschaftliche Stärkeverhältnisse innerhalb des Verbandes zu berücksichtigen und damit denjenigen Unternehmen, die infolge ihrer größeren wirtschaftlichen Bedeutung auch größere Risiken eingehen müssen, einen entsprechenden Einfluß auf die Fahrt des Verbandsschiffes zu sichern [8]). Auch die Ausschlußfreiheit, die dem Verein von Gesetzes wegen zusteht, kommt dem Verband, der sich dieser Rechtsform bedient, sehr zustatten, kann er doch ein Mitglied, das den Verbandsinteressen zuwiderhandelt, ohne Begründung ausschließen, sofern er diese Möglichkeit nur in den Statuten vorgesehen hat, was angesichts der Vorteile, die ein solches Vorgehen dem Verbande bietet, regelmäßig der Fall sein dürfte.

---

[5]) Egger: Komm., N 14 zu ZGB 60.

[6]) Egger: Komm., N 14 zu ZGB 60; BlZR 12, Nr. 122; BGE 48 II 153.

[7]) Vgl. Preiswerk a. a. O. 75.

[8]) Damit ist allerdings für die ökonomisch schwächeren Mitglieder des Verbandes die Gefahr verbunden, durch die Stärkeren an die Wand gedrückt zu werden. Eine solche Tendenz kann jedoch auch mit der Einführung des Kopfstimmrechts beim Verein nicht gebannt werden, da beim Vertragsschluß der wirtschaftlich Stärkere das Gesetz des Handelns diktiert und somit für die wirtschaftlich schwächere Partei kein wesentlicher Schutz gewonnen würde.

Auf der andern Seite besteht im Vereinsrecht der Grundsatz des freien Austritts der Mitglieder [9]). Diese Regelung ist für den Verband insofern unerwünscht, als dadurch die Vorteile, die durch die freie Gestaltung des Eintrittsrechts mit der für den Verband wichtigen Möglichkeit der Schaffung eines numerus clausus geboten werden, zur Illusion werden. Die für den Verband wenig erwünschten Konsequenzen werden jedoch dadurch gemildert, daß es die faktischen Machtverhältnisse ihm relativ leicht machen, austrittsbegierige Mitglieder durch wirtschaftliche Druckmittel bei der Stange zu halten. Trotzdem gefährdet der Grundsatz des freien Austritts — zum Mindesten potentiell — den Kartellzweck der genannten Verbände.

III. Der Verband in der Rechtsform der Genossenschaft

Die Genossenschaft ist diejenige Organisationsform, die den Selbsthilfegedanken, aus dem heraus ursprünglich die Verbände entstanden sind, am klarsten zum Ausdruck bringt. OR 828 Abs. 1 definiert die Genossenschaft als «eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Anzahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt». Sie eignet sich deshalb ausgesprochen für diejenigen Verbände, deren Organisation «ihren Schwerpunkt im wirtschaftlichen Genossenschaftswesen hat» [10]). Die Genossenschaftsform ist auch für Verbände angezeigt, welche zur Hauptsache Kartellzwecke mit wirtschaftlichen Mitteln verfolgen und deshalb nicht die Rechtsform eines Vereins wählen können [11]). Es mag gerade für einen Verband mit großer Mitgliederzahl von Vorteil sein, wenn er von der Rechtsform der einfachen Gesellschaft zur Verbandspersönlichkeit übergehen kann, indem er sich als Genossenschaft konstituiert. Dies *muß* geschehen, wenn die wirtschaftlichen Zwecke überwiegen. Vorteilhaft wirkt sich bei der Genossenschaft aus, daß sie durch die Möglichkeit der Beschränkung des Austritts eine festere und engere Bindung der Mitglieder an den Verband gestattet (OR 842), ja daß es

---

[9]) ZGB 72.

[10]) Gysin: Berufsverbände, a. a. O. 3.

[11]) Ähnlich Merz a. a. O. 11. Immerhin ist auf die beschränkte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers hinzuweisen (BGE 62 I 261), durch welche das Bestehen solcher «wirtschaftlicher Vereine» doch ermöglicht wird.

sogar möglich ist, den Austritt auf höchstens 5 Jahre auszuschließen [12]). Die Genossenschaft gestattet weiter eine Verdinglichung der Bindung [13]), indem die Mitgliedschaft vom Eigentum an einem Grundstück oder vom wirtschaftlichen Betrieb eines solchen abhängig gemacht werden kann [14]).

Für die Zweckverfolgung gewisser Verbände mögen die Nachteile der Genossenschaft überwiegen. Sie ist zur Erlangung der Persönlichkeit auf den Handelsregistereintrag angewiesen, was eine vermehrte Publizität zur Folge hat, die unter Umständen nicht erwünscht ist. Sodann spricht gegen die Rechtsform der Genossenschaft für Verbände die zwingende Vorschrift von OR 885, wonach jeder Genossenschafter in der Generalversammlung der Urabstimmung nur über eine Stimme verfügt. Diese Regelung mag für Verbände mit großer Mitgliederzahl geeignet und auch gerecht sein; für kleinere kann sie dazu führen, daß die Wahl der Genossenschaftsform nicht tunlich erscheint, da eine Berücksichtigung von wirtschaftlichen Stärkeverhältnissen, wie schon vorstehend dargelegt wurde, ohne Pluralstimmrecht nicht möglich ist [15]). Weiter ist die Statuierung eines numerus clausus in den Statuten verunmöglicht, weil dadurch die Vorschrift der nicht geschlossenen Mitgliederzahl verletzt würde. Schließlich kann auch die Mindestzahl von 7 Mitgliedern die Rechtsform der Genossenschaft für die Gründung eines Verbandes unzweckmäßig erscheinen lassen.

IV. Andere Rechtsformen

Neben Verein und Genossenschaft eignen sich sowohl die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als auch die einfache Gesellschaft und die Doppelgesellschaft zur Verfolgung gemeinsamer Ziele durch einen Verband.

1. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat sich als Rechtsform für Kartelle und Verbände in der Schweiz noch nicht richtig eingebürgert, kennt man sie doch in unserem Lande erst seit der Revision des OR

[12]) OR 843.

[13]) Diese Verdinglichung wird vor allem bei Kartellen und ländlichen Produktivgenossenschaften wichtig.

[14]) Merz a. a. O. 11.

[15]) Vgl. S. 42 N 8 dieser Arbeit und die eindringlichen Ausführungen von Preiswerk a. a. O. 55, der die Wiedereinführung des 1936 aus dem Gesetze verbannten Pluralstimmrechts fordert.

von 1936. Der hauptsächlichste Grund dafür dürfte jedoch in der largen Praxis bezüglich der Zulässigkeit der Vereinsform liegen. Die Vorteile, die die GmbH kleineren Verbänden zu bieten vermag, sind nicht zu unterschätzen. Sie kann hier die Lücke, welche das Genossenschaftsrecht für kleine Verbände — insbesondere bezüglich der Abstufung des Stimmrechts nach Kapitalanteilen — offengelassen hat, weitgehend ausfüllen.

Für Verbände, die vorwiegend Kartellzwecke verfolgen und eine nicht allzugroße Mitgliederzahl haben, wirkt sich vor allem die Möglichkeit der Beschränkung des Austritts günstig aus. OR 822 Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, daß es aus der GmbH keinen Austritt gibt [16]). Es steht ihr aber frei, in den Statuten ein Austrittsrecht vorzusehen und dieses von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen [17]). Daneben kann jeder Gesellschafter beim Richter auf Bewilligung des Austritts aus wichtigen Gründen oder auf Auflösung der Gesellschaft klagen [18]). Die Möglichkeit, daß ein aus wichtigen Gründen austretendes Mitglied auch eine Klage auf Auflösung der Gesellschaft stellen kann, dürfte zwar als nachteilig empfunden werden. Die Vorteile der GmbH überwiegen jedoch deren Nachteile bei weitem und es ist Merz [19]) zuzustimmen, daß sich die GmbH als Organisationsform für Kartelle mit der Zeit immer mehr durchsetzen werde. Es hängt jedoch sehr viel davon ab, in welcher Richtung sich die Praxis bezüglich der Zulässigkeit der Vereinsform entwickeln wird. Solange sich ein Verband, der neben nichtwirtschaftlichen auch Kartellzwecke wirtschaftlicher Natur verfolgt, als Verein konstituieren kann, wird man der dispositiven Regelung des Vereinsrechts den Vorzug geben.

2. Die einfache Gesellschaft

Die einfache Gesellschaft kann bewußt gewählt werden, ist jedoch auch eine subsidiär anzunehmende Form des Zusammenschlusses Meh-

---

[16]) Der Austritt aus wichtigen Gründen ist vorbehalten. Das schweizerische Recht läßt langfristige wirtschaftliche Bindungen zu, ist aber bei persönlichen Bindungen wesentlich zurückhaltender und gewährt immer eine Lösungsmöglichkeit. Bei unpersönlicher Mitgliedschaft, z. B. bei der AG., gibt es keinen Austritt, jedoch grundsätzlich freie Übertragbarkeit (vgl. Egger: Komm. N 9 zu ZGB 70), währenddem z. B. beim Verein die Mitgliedschaft nicht veräußerlich und auch nicht übertragbar, jedoch stets lösbar ist.

[17]) OR 822 Abs. 1 formuliert das Recht auf Austritt, das durch die Statuten gewährt werden kann. Diese Bestimmung impliziert dadurch den Grundsatz des Nichtaustritts.

[18]) OR 822 Abs. 2. Der Grundsatz des Nichtaustritts wird hier durchbrochen, weil ein Austritt aus wichtigen Gründen immer möglich sein muß.

[19]) Merz a. a. O. 11.

rerer, sofern und solange die Voraussetzungen einer andern Rechtsform nicht erfüllt sind [20]). In der Praxis dürfte wohl die Form der Konvention am häufigsten anzutreffen sein. Es ist dabei gleichgültig, ob ein gemeinsamer Vertrag von allen Parteien unterzeichnet wird oder ob ein ganzes System gegenseitiger Verträge aufgezogen wird [21]). Die dispositive Regelung des Stimmrechts erlaubt eine Anpassung an die wirtschaftlichen Stärkeverhältnisse. Deshalb kommt es relativ häufig vor, daß sich die Wirtschaftsverbände nach innen als Genossenschaften organisieren, aber von der Eintragung absehen, um nicht unter das — zwingende — Kopfstimmrecht der Genossenschaft zu fallen [22]). Der Austritt aus einer einfachen Gesellschaft kann nach Gesellschaftsvertrag oder beim Fehlen einer diesbezüglichen Regelung nach Gesetz erfolgen. Da die einfache Gesellschaft ein Dauerverhältnis ist [23]), so besteht ein Kündigungsrecht von seiten des einzelnen Gesellschafters. Ordnet der Gesellschaftsvertrag dieses Kündigungsrecht nicht — was bei kartellistischen Organisationen nur ausnahmsweise vorkommen dürfte —, so gilt die gesetzliche Regel, daß nur die auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters begründeten Gesellschaften auf sechs Monate gekündigt werden können [24]). Dabei versteht man unter Gesellschaften, die auf unbestimmte Zeit eingegangen wurden, auch diejenigen, die ursprünglich auf bestimmte Zeit eingegangen, aber nach Ablauf der Gesellschaftsdauer stillschweigend fortgesetzt wurden [25]). Endlich kennt auch die einfache Gesellschaft das Recht der Aufhebung des Gesellschaftsverhältnisses aus wichtigen Gründen [26]). Auch bei der einfachen Gesellschaft ist die Regelung des Austritts für die Gesellschaft nicht ungünstig, was ebenfalls für den Ausschluß zutrifft. Ein solcher ist nur aus wichtigen Gründen möglich und muß im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein [27]).

Ein Nachteil der hier besprochenen Rechtsform ist das Fehlen der juristischen Persönlichkeit. Sie kann nach außen nicht als einheitliches Ganzes auftreten. Dieser scheinbare Nachteil gestattet es jedoch dem kartellistischen Verband, eine oft als lästig empfundene Publizität zu umgehen und ist ein Grund mehr, warum sich solche Gebilde oft in der

---

[20]) Merz a. a. O. 8; BGE 52 II 370. — A. M.: K. Wieland: Handelsrecht I 455 ff.
[21]) Merz a. a. O. 9.
[22]) Naegeli: Doppelgesellschaft 293.
[23]) Guhl a. a. O. 414.
[24]) OR 545 Ziff. 6; 546 Abs. 1; Guhl a. a. O. 414.
[25]) BGE 70 II 55.
[26]) Guhl a. a. O. 415.
[27]) Siegwart: Personengesellschaften, N 43/44 zu OR 547; Becker: Komm. N 27 zu OR 545; Hefti a. a. O. 43.

Rechtsform der einfachen Gesellschaft konstituieren. Wo das Fehlen der juristischen Persönlichkeit vermieden werden soll, kann die einfache Gesellschaft mit einer Personen- oder Kapitalvereinigung zusammen zu einer Doppelgesellschaft kombiniert werden.

3. Die Doppelgesellschaft

Eine bei reinen Berufsverbänden eher seltene, bei Verbänden mit Kartellzwecken dagegen recht häufig anzutreffende Rechtsform ist diejenige der Doppelgesellschaft. Das Wesen der Doppelgesellschaft ist darin zu erblicken, daß die gleichen Personen oder Unternehmen zwei Gesellschaften bilden, deren eine als abhängiges geschäftsführendes Organ der andern tätig ist [28]). Damit können nicht nur Genossenschaften und GmbH, sondern auch Aktiengesellschaften und Vereine zur Bildung von Verbänden auf der Basis der Doppelgesellschaft herangezogen werden. Die Kartellmitglieder gründen eine juristische Person in einer der vorgenannten Rechtsformen und bringen dazu noch eine einfache Gesellschaft zur Entstehung, in welcher als «Nebenvertrag» die Kartellpflichten niedergelegt werden. Man genießt dadurch den großen Vorteil, daß der eigentliche Kartellzweck, welcher nicht unbedingt publik werden soll, «farbloser und harmloser» [29]) gestaltet werden kann [30]). Man kann ihn gleichsam auf ein Nebengeleise abschieben, ohne daß er dadurch seine Wirksamkeit einbüßt. Dazu kommen die Vorteile, die sich durch die Anpassung der «Kombination» verschiedener Rechtsformen im Einzelfall erzielen lassen können.

---

[28]) Merz a. a. O. 12.
[29]) Merz a. a. O. 12.
[30]) Über die Doppelgesellschaft vgl. vor allem: Naegeli, Doppelgesellschaft, a. a. O.

§ 5 «Nichtwirtschaftlicher» und «wirtschaftlicher» Zweck als Unterscheidungskriterium zwischen Verein und Organisationsformen des Obligationenrechts

I. Vorbemerkung

Es ist im vorhergehenden kurz angedeutet worden, daß sich nur jene Verbände als Verein organisieren können, welche einen nichtwirtschaftlichen Zweck verfolgen. Dieser Satz gilt umgekehrt nicht. Die Organisationsformen des Obligationenrechts stehen — mit Ausnahme vielleicht der Genossenschaft — nicht nur der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen offen. Immerhin müssen die Gesellschaften des OR, welche nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen, als atypisch angesehen werden; denn die ganze gesetzliche Organisation ist auf wirtschaftliche Tätigkeit und Gewinnstreben und -verteilung zugeschnitten.

Unbeantwortet blieb bis jetzt die Frage, *was* unter dem nichtwirtschaftlichen Zweck im Sinne des Vereinszwecks zu verstehen ist. Ihre Beantwortung ist unerläßlich. Denn sollte sich herausstellen, daß der Verein als Organisationsform von Wirtschaftsverbänden nicht in Frage kommt, weil Wirtschaftsverbände eben keine nichtwirtschaftlichen Zwecke im Sinne des Gesetzes verfolgen, so fiele selbstverständlich die hier interessierende Kernfrage der Möglichkeit analoger Anwendung von Genossenschaftsnormen auf als Vereine organisierte Wirtschaftsverbände als gegenstandslos dahin. Nur wenn man zum Schlusse kommt, daß die Organisation von Wirtschaftsverbänden in Vereinsform möglich ist, daß sie also nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen, stellt sie sich überhaupt. Als curia posterior bleibt dann zu untersuchen, worin sich einerseits der spezifisch genossenschaftliche Zweck vom allgemein wirtschaftlichen unterscheidet und ob er anderseits — vielleicht gerade infolge dieser Abweichungen — mit dem nichtwirtschaftlichen des Vereins so viel Gemeinsames aufweist, daß sich die Analogie überhaupt rechtfertigen läßt.

Bei der Beantwortung der Frage, *was* unter dem nichtwirtschaftlichen Zweck im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist, werden wir uns im Wesentlichen auf die Ergebnisse (und die Entwicklung) der bundesgerichtlichen Praxis stützen. Die Weitschichtigkeit des Problems, das gerade wieder in den letzten Jahren in der Doktrin heftig umstritten war und Stoff bot für verschiedene neuere Monographien, verbietet uns, uns im Rahmen der gesetzten Aufgabe selbständig mit den sich stellenden Streitfragen auseinanderzusetzen. Das Abstellen auf die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung rechtfertigt sich in unserem Fall noch besonders da-

durch, daß es gerade diese Praxis ist, welche das von uns untersuchte Hauptproblem hat akut werden lassen.

II. Die ältere Rechtsprechung der Bundesbehörden

1. Der Zustand vor Inkrafttreten des ZGB

Die Unterscheidung zwischen Personenverbindungen mit und solchen ohne wirtschaftlichen Zweck war schon den kantonalen Rechten bekannt. Bluntschlis zürcherisches privatrechtliches Gesetzbuch vom 28.12. 1853, welches für die spätere Kodifizierung des eidgenössischen Zivilrechts in vielen Punkten wegleitend war, unterschied bereits zwischen «rein privatrechtlichen Korporationen, welche zu einem wissenschaftlichen oder künstlerischen oder sonst gemeinnützigen oder zu einem erlaubt geselligen Zweck» gegründet wurden [31]), und den sogenannten «Aktienverbindungen, welche auf industrielle oder andere ökonomische Unternehmungen» gerichtet sind [32]).

Im aOR von 1883 waren nur die AG und die Genossenschaft als Verbandspersonen zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke geregelt; für den ideelle Zwecke verfolgenden Verein blieb das kantonale Recht vorbehalten (aOR 716). Dies trotz aOR 717, der bestimmte, daß wirtschaftlichen Vereinen, welche sich nicht ins Handelsregister eintragen ließen, das Recht der Persönlichkeit nicht zustehen solle, woraus man zu Unrecht schloß, daß es nicht nur den ideellen Verein, die AG und die Genossenschaft gebe, sondern daneben auch den *wirtschaftlichen* Verein, der durch Eintrag ins Handelsregister entstehe [33]). In seinem Rekursentscheid aus dem Jahre 1888 stellte der Bundesrat ausdrücklich fest, daß aOR 717 nicht eine neue Gesellschaftsart mit finanziellem oder wirtschaftlichem Zweck schaffen wollte; es sei darin lediglich bestimmt worden, welche Rechtsfolgen eine Unterlassung des Handelsregistereintrages für einen wirtschaftlichen Verein, d. h. für Genossenschaft und AG, haben müßte.

2. Die Rechtsprechung seit Inkrafttreten des ZGB

Das ZGB unterstellte auch die Personenverbindungen mit ideeller Zweckverfolgung dem Bundesrecht und nahm die Abgrenzung zu den «wirtschaftlichen» Personenverbindungen selber vor. Als Vereine werden

---

[31]) § 20 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853.
[32]) § 22 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853.
[33]) Kirchhofer a. a. O. 22.

in Art. 60 Abs. 1 ZGB jene Personenverbindungen bezeichnet, «die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen». Im Gegensatz dazu verweist Art. 59 Abs. 2 ZGB die Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, auf die Organisationsformen des Obligationenrechts [34]).

In der Praxis hat der Verein schweizerischer Lokomotivheizer zum ersten Mal Anlaß zur näheren Inhaltsbestimmung des Begriffs «andere nicht wirtschaftliche Aufgabe» gegeben. Das eidgenössische Handelsregisteramt hatte die Eintragung des Vereins abgelehnt, weil er nicht nur eine Verbesserung der Mitglieder in geistiger und moralischer Hinsicht bezweckte, sondern auch eine Hebung ihrer materiellen Lage anstrebte, indem er sie in Krankheits-, Sterbe- und Invaliditätsfällen unterstützte. Er verfolge daher wirtschaftliche Zwecke und könne nur nach aOR 678 die Rechtspersönlichkeit erlangen. Auf Gutachten von Eugen Huber und Walther Burckhardt hin beschloß das Departement jedoch die Gewährung der Eintragung. Beide Gutachten sprachen sich für die Zulässigkeit der Konstituierung als Verein aus. Burckhardt begründete seine Auffassung, indem er ausführte, daß es einem Verein nicht verboten sei, ökonomische Interessen seiner Mitglieder zu wahren. Nur dürfe der Hauptzweck der Verbindung nicht in der Gewährung von wirtschaftlichen Vorteilen an die Mitglieder liegen. Wenn aber nach den Statuten der Verein zur Verbesserung der sozialen Verhältnisse der Mitglieder in materieller, geistiger und moralischer Beziehung gegründet werde, so liege darin kein wirtschaftlicher Zweck. Auch Eugen Huber erklärte, daß nach dem ZGB Vereine mit nichtwirtschaftlicher Aufgabe sehr wohl auch einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen könnten, ohne sich deshalb als Genossenschaft konstituieren zu müssen [35]).

Ausgehend von diesen Grundsätzen wurden in der Folge Vereine, die nicht nur ideale, sondern auch wirtschaftliche Zwecke verfolgten, solange als Vereine bezeichnet, als nicht ihre ideale Zwecksetzung von wirtschaftlichen Zwecken vollständig in den Hintergrund gedrängt wurde. Dabei wurde einzig und allein auf den Zweck abgestellt. Die Tätigkeit des Vereins war nebensächlich und spielte demzufolge auch bei der Beurteilung der Frage, ob ein wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Zweck vorliege, keine Rolle. Den Niederschlag dieser Auffassung finden wir im Urteil des Bundesgerichtes i. S. Grosfillex ca. Union rurale und im Rechts-

[34]) Über die Entstehungsgeschichte dieser beiden Bestimmungen vgl. StenBull 1905 a. a. O. 478, 480, 939, 941/42.

[35]) Vgl. dazu Burckhardt III Nr. 1537 IV.

streite der Arbeiterunion Zürich [36]). Im Urteil Grosfillex ca. Union rurale führte das Gericht aus, daß das Unterscheidungsmerkmal im Zwecke zu suchen sei, den die Vereinigung verfolge. Es legte dann dar, daß der Vereinscharakter nur *den* Personenverbänden zukommen könne, die einen idealen Zweck verfolgen und nicht ihren Mitgliedern ökonomische Vorteile verschaffen wollen. «Le critère de la distinction est fourni par le but que poursuit la société (BGE 27 II 177 ff.), c'est-à-dire que le caractère d'association ne peut être reconnu qu'aux réunions de personnes qui visent un but idéal et ne tendent pas à assurer aux sociétaires des avantages économiques. Or, si elle a une tendence confessionelle très marquée, l'union rurale n'en est pas moins en première ligne une société de secours mutuels, destinée à procurer à ses membres des subsides en cas de maladie et à contribuer ainsi à leur bien-être materiel [37]).» Obschon nun die Union rurale eine religiöse Vereinigung sei, so habe sie doch in erster Linie den Charakter einer Hilfsgesellschaft, die ihren Mitgliedern im Krankheitsfalle Hilfe leiste und so zu ihrem materiellen Wohlergehen beitrage. Daher sei sie nicht ein gewöhnlicher religiöser Verein, wie er von ZGB 60 Abs. 1 vorausgesetzt werde, sondern «une réunion de personnes poursuivant un but économique ou financier commun» [38]) und habe sich demzufolge als Genossenschaft zu konstituieren.

Wir sehen in diesen charakteristischen Urteilen, daß das Bundesgericht in den Jahren zwischen 1912 und 1935 die Grenzziehung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Zweck ausschließlich nur nach dem verfolgten Zweck, aber ohne Berücksichtigung der Tätigkeit vornahm. Nach dieser älteren Praxis wäre Wirtschaftsverbänden im heutigen Sinne, die sich nicht auf die Wahrung allgemeiner Standesinteressen beschränken, die Vereinsform zu versagen gewesen, da sie im wesentlichen ökonomische Ziele verfolgen. Immerhin wurden die Grenzen des Vereins ziemlich weit gezogen und neben dem idealen Hauptzweck in bedeutendem Umfang auch wirtschaftliche Nebenzwecke zugelassen.

3. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung

a) Mit dem Urteil Fédération suisse des associations de fabricants d'horlogerie (FH), Union des branches annexes de l'horlogerie (UBAH), Ebauches S.A. ca. Degoumois & Cie. [39]) ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Änderung eingetreten. Dieser Entscheid stellt in-

[36]) BGE 44 II 77 ff. und 48 II 153.
[37]) BGE 44 II 77 ff., insbesondere 80.
[38]) BGE 44 II 80.
[39]) JT 83 66 ff.

sofern einen Markstein dar, als das Gericht hier zum ersten Mal auf die Art und Weise der Tätigkeit des Personenverbandes abstellt. Es berücksichtigt nicht nur den statutarischen Zweck der Personenvereinigung, sondern auch die Mittel, mit welchen sie ihre Ziele zu erreichen trachten. So sagt es im eben erwähnten Urteil, daß statutarischer Zweck der Fédération Horlogère die allgemeine Interessenwahrung der Uhrenfabrikanten sei. Sie wolle die Interessen des Uhrmacherstandes wahren. Da sie aber keine wirtschaftliche Tätigkeit entfalte und keine Gewinne erstrebe, so sei sie kein «maison horlogère visant à réaliser des bénéfices» [40]). Der Zweck der FH ist nun ganz offensichtlich ein ökonomischer, denn sie will die Mitglieder der Fédération wirtschaftlich fördern. In bezug auf die Tätigkeit und nach ihrer Organisation hat sie aber keinen wirtschaftlichen Charakter. Es würde zu weit gehen, in jeder Vereinigung, welche letztlich ihren Mitgliedern einen Vorteil zukommen läßt, der als wirtschaftlicher bezeichnet werden muß, eine Körperschaft zu wirtschaftlichen Zwecken im Sinne des ZGB zu sehen [41]).

Damit stellt sich das Bundesgericht nicht nur in Gegensatz zu seiner bisherigen Praxis, sondern auch zum überwiegenden Teil der schweizerischen Doktrin [42]), die den Zweck als alleiniges Unterscheidungskriterium betrachtet und deshalb auf dem Standpunkt steht, daß Kartellen niederer Ordnung, die keine Syndikatsstelle haben und deren Abmachungen sich nur auf Konditionen-, Preis- und Kundenschutzvereinbarungen beziehen sowie Wirtschaftsverbänden mit derartigen Vereinbarungen als wesentlichem Inhalt die Vereinsform nicht zur Verfügung zu stellen sei. Das Bundesgericht erklärt ausdrücklich, und es hat dies in zwei Urteilen [43]) bestätigt, daß ein wirtschaftlicher Zweck im Sinne des Gesetzes nur vorliege, «wenn der Verband selber in dem in Frage stehenden Wirtschaftssektor durch den Betrieb eines industriellen, gewerblichen oder Handels-

---

[40]) JT 83 66 ff.

[41]) Im Ergebnis gleicher Meinung, wenn auch zum Teil mit abweichender Begründung v. Graffenried a. a. O. 111; Hildegard Bieri a. a. O. 24 ff.; Specker a. a. O. 70 ff.

[42]) Vgl. dazu etwa Merz a. a. O. 9; Grischott a. a. O. 45; Schrag a. a. O. 14, 81; Hug a. a. O. 324; A. Wieland a. a. O. 90 f.; Egger Komm. N. 2 zu ZGB 60; Suter a. a. O. 121/124; Zoelly a. a. O. 83; Brunner a. a. O. 163; F. v. Steiger, Vereine mit wirtschaftlichen Zwecken; JT 83 72. — Eine Verquickung von Zwecken wird von einem großen Teil der Doktrin, vgl. Merz a. a. O. 9; Zoelly a. a. O. 87; Egger Komm. N. 9 und 11 zu ZGB 60, und von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als zulässig erklärt.

[43]) BGE 62 II 37 ff. (Tabakverband ca. Schmuklersky) und BGE 72 I 319 ff. (steuerrechtlicher Entscheid).

unternehmens eine aktive geschäftliche Tätigkeit entfalte»[44]). Wenn der Handel nur überwacht und geregelt werde, ohne daß die Vereinigung als Vertragspartner auftrete, so sei sie unabhängig von der Eintragung ins Handelsregister rechts- und parteifähig.

b) Entscheidend ist somit nach heutiger bundesgerichtlicher Praxis nicht der verfolgte Zweck, sondern die für die Zweckverfolgung angewendeten Mittel, eben das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines eigentlichen Geschäftsbetriebes. Selbst dem Personenverband, der unbestritten rein altruistische Zwecke verfolgt, ist die Vereinsform verschlossen, sofern er sich hiezu eines umfangreichen Geschäftsbetriebes bedient. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der (wirtschaftliche) Geschäftsbetrieb dem (ideellen) Zweck völlig untergeordnet ist[45]), was sich schon aus ZGB 61 Abs. 2 ergibt, der die Eintragungspflicht für Vereine statuiert, die für ihren Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Es kommt also im Einzelfall auf die Abwägung des idealen Zwecks gegenüber den zu seiner Erreichung angewendeten wirtschaftlichen Mitteln an; wo diesen eine selbständige Bedeutung zukommt, ist die Vereinsform unzulässig.

Anderseits sind nach dieser bundesgerichtlichen Praxis Gebilde wie Wirtschaftsverbände und Kartelle, deren Zwecksetzung unbestreitbar wirtschaftlich ist — sie wollen ja die Konkurrenz einschränken und damit die Profite ihrer Mitglieder erhalten[46]) — dann in der Vereinsform zulässig, wenn sie sich zur Erreichung ihrer wirtschaftlichen Zwecke nichtwirtschaftlicher Mittel bedienen, d. h. konkret, wenn sie kein kaufmännisches Gewerbe betreiben, was regelmäßig zutreffen dürfte[47]). Die einleitend gestellte Frage, ob Wirtschaftsverbände trotz wirtschaftlicher Zwecksetzung überhaupt als Verein organisiert werden können, ist daher gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu bejahen, nach der ein «nichtwirtschaftlicher» Zweck im Sinne des Vereinsrechts immer vorliegt, wenn kein Geschäftsbetrieb vorhanden ist.

---

[44]) BGE 62 II 37 ff.

[45]) Vgl. dazu BGE 24 II 561; 48 II 170 (polnische Handelskammer); Specker a. a. O. 64.

[46]) Ob daneben der ganze Berufsstand Vorteile zieht, macht u. E. entgegen Egger Komm. N. 7 zu ZGB 60 diesen wirtschaftlichen Zweck nicht zu einem nichtwirtschaftlichen. Die Kartellmitglieder erstreben einen wirtschaftlichen Nutzen für sich und nicht für die Außenstehenden. Hat die Kartellierung auch günstige Auswirkungen für Nichtmitglieder, so ändert das am wirtschaftlichen Charakter des Kartellzweckes nicht das geringste.

[47]) JT 83 66; BGE 66 II 37; 72 I 325; 76 II 281 ff.

§ 6 «Nichtwirtschaftlicher» Vereinszweck und genossenschaftlicher Zweck

I. Der Genossenschaftszweck im Allgemeinen

1. Es ist im vorstehenden Paragraphen festgestellt worden, daß das Bundesgericht unter dem Begriff «wirtschaftlicher Zweck» des Art. 59 Abs. 2 ZGB auch, oder besser *vor allem,* die Art und Weise der Tätigkeit des Personenverbandes versteht; sie ist ausschlaggebend für die Frage, ob er den Normen des Obligationenrechts oder jenen des Vereinsrechts untersteht. Das OR macht in seiner Systematik eine weitere Unterscheidung, indem es in der Überschrift zur dritten Abteilung die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft auseinanderhält. Auch hier kann der Zweck, «Zweck» im eigentlichen Sinne, als Unterscheidungskriterium dienen.

Gemeinsam ist beiden Organisationsformen, daß sie darauf zugeschnitten sind, ihren Mitgliedern wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Bei den Handelsgesellschaften drücken sich diese Vorteile in Franken und Rappen aus; sie sind regelmäßig auf Erzielung von Gewinn und Verteilung desselben unter die Gesellschafter ausgerichtet. Gewinnerzielung aber ist nur möglich durch Teilnahme am Geschäftsverkehr. Deshalb ist nach dem oben Gesagten die Organisation eines auf Gewinnerzielung und -verteilung gerichteten Personenverbandes nur in den Formen des OR, die besonders darauf zugeschnitten sind, möglich.

2. Anders die Genossenschaft. Zwar soll auch sie den Mitgliedern wirtschaftliche Vorteile verschaffen [48]). Sie ist aber nicht auf Gewinnerzielung und Gewinnverteilung ausgerichtet, sondern bezweckt die Stärkung von wirtschaftlich schwachen Rechtssubjekten durch das Mittel wirtschaftlicher Solidarität [49]) [50]), oder wie das Gesetz sich selber ausdrückt, «Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe». Die Mitglieder sollen durch Selbsthilfemaßnahmen in ihrer Wettbewerbsstellung als Produzent, als

---

[48]) Gilt für die typische Genossenschaft. HRegVo 92,2 setzt auch die Existenz gemeinnütziger Genossenschaften voraus. Ob darin, wie Winkler a. a. O. 6 meint, ein Widerspruch zur gesetzlichen Definition liegt, kann hier offen gelassen werden.

[49]) Egger: Revision, a. a. O. 143; K. Wieland a. a. O. 394.

[50]) Thommen a. a. O. 154.

Händler oder als Konsument gestärkt werden. Wo die Selbsthilfemaßnahmen in der Beteiligung am Geschäftsverkehr durch einen eigentlichen Gewerbebetrieb erfolgen, muß zwischen diesem und den Interessen der Mitglieder, die man fördern will, eine unmittelbare Beziehung bestehen [51]). Wird er über den Mitgliederkreis ausgedehnt, muß auch dieser ausgedehnte Verkehr dem eigentlichen Genossenschaftszweck dienstbar sein [52]). Da in diesen Fällen ein wirtschaftlicher Zweck im Sinne von Art. 59 Abs. 2 ZGB verfolgt wird, stehen nur die Organisationsformen des OR inkl. Genossenschaft zur Verfügung.

II. Genossenschaftszweck und Vereinszweck

1. Selbsthilfemaßnahmen mittels eines eigenen Gewerbebetriebes sind aber nur *eine* Möglichkeit genossenschaftlicher Zweckverfolgung. Die Art der den Mitgliedern verschafften wirtschaftlichen Vorteile kann nämlich derart sein, daß dazu gar kein Gewerbebetrieb notwendig ist, oder nur in so untergeordneter Weise, daß ihm keine selbständige Bedeutung zukommt. Gerade die Vorteile, welche die Wirtschaftsverbände, insbesondere auch durch ihre kartellistischen Zwecke, ihren Mitgliedern verschaffen wollen, setzen gewöhnlich keinen eigenen Gewerbebetrieb des Verbandes [53]) voraus. Obwohl typisch genossenschaftliche Zwecke verfolgend — «Förderung und Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe» (OR 828) —, haben diese Verbände nach der bundesgerichtlichen Praxis deshalb die Wahl zwischen der Genossenschafts- und der Vereinsform, da ihr Zweck ein «nichtwirtschaftlicher» im Sinne des Vereinsrechts ist.

2. Solche Vereine sind aber als atypisch zu betrachten; denn sie verfolgen — zum mindesten nicht zur Hauptsache [54]) — nicht altruistische Ziele wie die in Art. 60 Abs. 1 ZGB aufgezählten Normaltypen des Vereins, auf die das Vereinsrecht zugeschnitten ist, sondern, wie schon wiederholt festgehalten wurde, wesentlich wirtschaftliche in den oben angedeuteten Formen. Man könnte sie deshalb «genossenschaftliche Ver-

---

[51]) Vogel a. a. O. 19.

[52]) Vogel a. a. O. 19.

[53]) Man denke nur an so typische Verbandsziele wie Erschließung neuer Rohstoffbezugsquellen, Vorbereitung neuer Absatzmärkte, Bekämpfung des Zugabewesens oder andere Konditionenvereinbarungen sowie die Preistarifierungen, die alle ohne aktives Auftreten am Markt verfolgt werden können.

[54]) Als Nebenzwecke kommen ideale Zwecksetzungen bei fast allen Wirtschaftsverbänden vor.

eine» nennen [55]), da auch der genossenschaftliche Selbsthilfegedanke bei ihnen ganz ausgeprägt ist. Alle Wirtschaftsverbände sind aus einer — zumindest drohenden — Notlage heraus entstanden. Anstatt sich auf staatliche Hilfe zu verlassen, haben die Betroffenen zu gemeinsamer Selbsthilfe gegriffen, eben dieser Selbsthilfe, welche vom neuen Genossenschaftsrecht zum entscheidenden Merkmal der Genossenschaft erhoben wurde. Auch bei Kartellen muß u. E. das Vorliegen des Selbsthilfegedankens grundsätzlich bejaht werden; die Selbsthilfe besteht hier im gegenseitigen Verzicht auf schrankenlose Konkurrenz [56]) [57]).

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß sich Wirtschaftsverbände nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar als Vereine organisieren können, daß es sich aber um atypische Vereine handelt mit typisch genossenschaftlicher Zwecksetzung. Zu beantworten bleibt noch die Frage, ob die Ein- und Austrittsordnung des Vereins bzw. der Genossenschaft vom typischen Vereinszweck bzw. typischen Genossenschaftszweck abhängig ist, sodaß letztere analog auf die «genossenschaftlichen Vereine» anzuwenden wäre. Im 3. Teil dieser Arbeit ist daher zuerst die Ein- und Austrittsordnung von Verein und Genossenschaft darzustellen unter Berücksichtigung der grundlegenden Gedanken, die hinter jeder Regelung stehen.

---

[55]) Vgl. BGE 76 II 281 ff. — Auch Merz a. a. O. 59 scheint die Existenz solcher genossenschaftlicher Vereine vorauszusetzen.

[56]) In diesem Sinne stimmt das Schlagwort «Kartelle sind Kinder der Not». Kartellierungen, die ihren Grund lediglich im Streben nach (wirtschaftlich nicht gerechtfertigtem) erhöhtem Gewinn haben, dürften eher die Ausnahme sein.

[57]) Zugegeben sei, daß gewisse Kartellpraktiken, vor allem der Vernichtungsboykott, in krassem Widerspruch zu dem vom Gesetz statuierten Selbsthilfegedanken stehen. Im Verhältnis zur Kartelldichte unseres Landes handelt es sich aber um Einzelfälle, welche außerhalb unserer Betrachtung stehen und am grundsätzlichen Selbsthilfecharakter der Kartelle nichts zu ändern vermögen.

3. TEIL

Eintritt, Austritt, Ausschluß und Prinzip der offenen Türe bei Verein und Genossenschaft

§ 7 Organisationsprinzipien und Wesen der Mitgliedschaft bei Verein und Genossenschaft

I. Organisationsgrundsätze bei Verein und Genossenschaft

1. Verein und Genossenschaft als Personenverbindungen mit juristischer Persönlichkeit

Wenn wir uns mit Ein- und Austritt und Ausschluß bei Verein und Genossenschaft beschäftigen, so haben wir zuerst die Besonderheiten der körperschaftlichen Organisation im Allgemeinen und dann im Speziellen bei den erwähnten Rechtsformen zu betrachten, um später zur Bedeutung und zum Umfang der Mitgliedschaft Stellung nehmen zu können.

Jede Person, so auch die juristische, erhält ihre Rechtsfähigkeit durch das positive Recht. «Rechtssubjekt ist dasjenige Gebilde, dem die Rechtsordnung diese Eigenschaft verliehen hat [1].» Die juristische Person ist also grundsätzlich der natürlichen gleichgestellt, allerdings mit der Einschränkung, daß sie der Rechte und Pflichten nicht fähig ist, die die natürlichen Eigenschaften des Menschen wie Alter, Geschlecht, Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben [2].

Die Vielheit der in einer Körperschaft zusammengeschlossenen Rechtssubjekte verhindert eine gleichgeartete Willensbildung wie bei der Einzel-

[1]) ZGB 53; Schnitzer a. a. O. 308; Haff a. a. O. 115; Curti a. a. O. 10.
[2]) ZGB 53.

person. Die Rechtsordnung muß durch eine zweckentsprechende Organisation die Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Willensbildung zuerst schaffen. Sie tut das bei allen Körperschaften dadurch, daß sie eine Versammlung der Mitglieder [3]) als willensbildendes Organ einsetzt [4]). Vom Einzelwillen des Mitgliedes ausgehend, hat eine Zusammenfassung all dieser Willensäußerungen zu erfolgen, die dann den Gesamtwillen darstellen. Es ist dabei zu beachten, daß eine Übereinstimmung aller Willensäußerungen nicht in jedem Falle möglich sein wird. Darum stellte sich für den Gesetzgeber die Frage, ob für die Bildung des Körperschaftswillens die Zustimmung sämtlicher Mitglieder erforderlich sei oder ob auch ein Mehrheitsbeschluß genügen solle. Wenn man die Regelung in der schweizerischen Gesetzgebung auf diesen Punkt hin untersucht, so kann man feststellen, daß grundsätzlich das *Mehrheitsprinzip* gilt. Oft wird für besonders wichtige Beschlüsse, die in den Bestand des Verbandes oder in die Rechte der Mitglieder eingreifen, ein qualifiziertes Mehr verlangt [5]). Nur selten sieht das Gesetz bei den Körperschaften das Erfordernis der Einstimmigkeit vor. So bestimmt etwa ZGB 66, daß die schriftliche Zustimmung aller Mitglieder einem Beschlusse der Vereinsversammlung gleichgesetzt wird.

Die Körperschaft wird, wie wir gesehen haben, erst durch ihre Organisation zum handlungsfähigen Gebilde; allein die Schaffung von Zuständigkeiten in ihrem Innern erlaubt es ihr, nach außen handelnd aufzutreten. Diese Organisation muß natürlich für verschiedene Zwecke auch verschieden ausgestaltet sein. Das weitgehend dispositive Vereinsrecht kann nicht ohne weiteres auf das eingehend normierte Genossenschaftsrecht übertragen werden und ebenso sind die einzelnen organisatorischen Erfordernisse für die AG. andere als für die GmbH. Doch zeigt sich, daß eine für alle Körperschaften gültige organisatorische Grundlage besteht. Willensbildung und Vertretung nach außen sind Tätigkeiten, die in allen Körperschaften grundsätzlich gleich zu regeln sind, weil sie nicht an bestimmte Rechtsformen gebunden sind. Im Folgenden soll daher versucht werden, die organisatorischen Parallelen der verschiedenen Rechtsformen herauszuschälen. Ein Gleiches soll später mit der Mitgliedschaft getan werden.

---

[3]) Auch Generalversammlung genannt.

[4]) Ein Ersatz durch Urabstimmung ist bei einzelnen Körperschaften möglich. Ebenso können die Befugnisse der Mitgliederversammlung zum Teil auf andere Organe übertragen werden.

[5]) Vgl. die Statutenbestimmungen fast aller Vereine, die für die Auflösung ein qualifiziertes Mehr verlangen, ferner z. B. OR 888 Abs. 2, 889 Abs. 1.

2. Die Organisation von Verein und Genossenschaft

Sowohl beim Verein als auch bei der Genossenschaft hat der Grundsatz Gültigkeit, daß die Mitglieder in ihrem Verhältnis zur Körperschaft gleich zu behandeln sind [6]). Er ist zwar ungeschriebenes Recht, beansprucht aber nichtsdestoweniger volle Geltung. Er erhält u. E. darin seine Rechtfertigung, daß in der Körperschaft eine Vielheit von Rechtssubjekten zu einem einheitlichen Ganzen verschmolzen wird [7]). Der Grundsatz der Gleichbehandlung spiegelt sich in der Organisation der Körperschaft. Dort findet er seinen Ausdruck in den Statuten, welche die gemeinsame, für alle Mitglieder verbindliche Basis darstellen. Das gilt grundsätzlich für Verein *und* Genossenschaft [8]). Nur hat letztere nicht die gleiche Freiheit in der Aufstellung der Statuten wie der Verein, da das Gesetz der Genossenschaft einen gewissen gleichbleibenden Grundcharakter sichern will, dem Verein jedoch alle Freiheit in der Ausgestaltung seiner Statuten läßt.

Die Statuten organisieren den Verband kraft Gesetzes [9]). Um sich rechtlich relevant betätigen zu können, muß der Verband Organe haben, die seinen Willen bilden und die ihn nach außen vertreten. Sowohl Verein als auch Genossenschaft haben zu diesem Zwecke eine Vereinsversammlung und einen Vorstand bzw. Mitglieder-, eventuell Delegiertenversammlung oder Urabstimmung und Verwaltung. Obwohl ein Unterschied in der Benennung festzustellen ist, sind diese Organe funktionell gleich.

Die Versammlung der Mitglieder der Körperschaft ist das oberste Organ. Ihm sind alle Befugnisse übertragen, die nicht durch Statuten oder Beschluß an ein anderes Organ delegiert werden. Die Mitgliederversammlung hat das Recht, den Vorstand und allenfalls andere von ihr gewählte Organe zu überwachen und abzuberufen [10]).

Der Vorstand beim Verein, die Verwaltung bei der Genossenschaft, führen die Geschäfte. Die Befugnisse bemessen sich nach Statutenvor-

---

[6]) Dieser Grundsatz gilt für das ganze Gesellschaftsrecht, vgl. Kummer a. a. O. 17; K. Wieland ZSR 41, 136; Feine a. a. O. 274.

[7]) So auch Kummer a. a. O. 19; grundsätzlich — Zurückführung auf den Gerechtigkeitsgedanken — gleich Spieß a. a. O. 62; Daeniker a. a. O. 56; Huber: Recht und Rechtsverwirklichung, a. a. O. 125; Egger: Komm. N 25 zu ZGB 75; BGE 69 II 248. Dagegen Goldschmidt a. a. O. 45; Weiß SJZ 39, 519. — Über den Grundsatz der Gleichbehandlung Kummer a. a. O. 19 ff.

[8]) Beim Verein ist eine Gleichbehandlung insofern gegeben, als dort der Grundsatz der Ungleichbehandlung des Ungleichen im Stimmrecht seinen Ausdruck finden kann, was bei der Genossenschaft nicht möglich ist (Kopfstimmrecht!).

[9]) ZGB 60 für den Verein, OR 830, 832/34 für die Genossenschaft.

[10]) ZGB 65 Abs. 2 und 3; OR 890.

schrift und Beschluß des obersten Organs; Handlungen der geschäftsführenden Organe sind durch den Körperschaftszweck begrenzt.

II. Die Mitgliedschaft

1. Begriff, Wesen und Umfang

Unter dem Begriff Mitgliedschaft verstehen wir das rechtliche Verhältnis, durch das sich das einzelne Mitglied den Satzungen der Körperschaft unterwirft, d. h. Pflichten übernimmt und gleichzeitig in den Genuß der von der Körperschaft an die Mitgliedschaft geknüpften Rechte kommt [11]). Der Erwerb der Mitgliedschaft stellt sich als Rechtsgeschäft zwischen einer Vielheit von Mitgliedern, vertreten durch die Organe, und dem Eintrittswilligen dar. Für die Gründermitglieder eines Verbandes ist die Natur des Mitgliedschaftserwerbes eine andere. Hier entsteht zuerst eine einfache Gesellschaft, die sich mit der Aufstellung der Statuten und ihrer Genehmigung zu einer Körperschaft wandelt.

Der Ausdruck Mitgliedschaft umfaßt nicht eine klar abgegrenzte Zahl von Rechten und Pflichten. In einem Falle kann die Zugehörigkeit zu einer Körperschaft mehr Befugnisse als im andern mit sich bringen. «Jede Gemeinschaft bindet ihrer Natur nach die ihr angehörenden Individuen in irgend einem engeren oder weiteren Umfange [12]).» Der Umfang der Mitgliedschaft hängt von Zweck und Zielsetzung des in Frage stehenden körperschaftlichen Gebildes ab. Selbst innerhalb der gleichen Kategorie kann nicht eine abschließende Aufzählung gegeben werden. Die Mitgliedschaft bestimmt sich in concreto nach dem Verhältnis von Rechten und Pflichten zueinander [13]). Trotzdem soll im Folgenden versucht werden, einen knappen Überblick zu geben über die wichtigsten der allgemeinen Rechte und Pflichten des Mitglieds einer Körperschaft.

2. Die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten

a) Die Mitgliedschaftsrechte

Die Mitgliedschafts*rechte* unterteilen wir in sogenannte Mitwirkungs- und Schutzrechte, sowie die hier keine Rolle spielenden Vermögensrechte. Die ersteren umfassen diejenigen Kompetenzen, welche sich daraus ergeben, daß das Mitglied als willensbildender Faktor innerhalb der Kör-

---

[11]) Gamma a. a. O. 4; u. E. zu eng Curti a. a. O. 14.
[12]) Vgl. Winkler a. a. O. 29.
[13]) E. Huber: Eintritt und Austritt . . . , a. a. O. 7/8.

perschaft tätig wird [14]). Als wichtigstes Mitwirkungsrecht ist wohl das Stimmrecht anzusehen, das uns bei der Behandlung der Ein- und Austrittsordnungen noch besonders beschäftigen wird. Es ist das Recht, die eigene Willensäußerung zur Willensbildung eines Organs beizutragen [15]). Darin ist auch das aktive Wahlrecht inbegriffen. Ferner finden wir unter den Mitwirkungsrechten das Recht auf Einberufung einer Mitgliederversammlung, auf Stellung eines Antrags, auf Meinungsäußerung und auf Anfechtung von Beschlüssen [16]).

Die Schutzrechte sind diejenigen Rechte, die der Wahrung der persönlichen Freiheit des Mitgliedes und seiner gleichmäßigen, gerechten Behandlung dienen [17]) [18]). Darunter zählen wir das Recht auf Schutz vor der Umwandlung des Körperschaftszweckes [19]) und das Recht auf Austritt [20]). Ob ein Recht auf Gleichbehandlung besteht, dürfte u. E. kaum zweifelhaft sein. Der größte Teil der Doktrin bejaht denn auch ein solches Recht [20]) [21]) [22]).

Das hauptsächlichste Vermögensrecht der Mitglieder einer Körperschaft, das Recht auf Gewinn, fehlt sowohl beim Verein als auch bei der Genossenschaft. Dagegen ist das Recht auf den Liquidationsanteil in der Regel durch die Statuten gewährt, die besonders bei Genossenschaften oft auch andere vermögenswerte Vorteile vorsehen.

b) Die Pflichten der Mitglieder

Gleich wie die Rechte sind auch die *Pflichten* der Mitglieder von Verein und Genossenschaft nicht generell zu umschreiben. Sie werden von den Statuten oft im Einzelfalle näher bestimmt. Es kann sich in diesem Zusammenhange nur darum handeln, eine Aufzählung der hauptsächlichsten Pflichten vorzunehmen. Es gehören dazu die Treuepflicht,

---

[14]) E. Curti a. a. O. 19.

[15]) Curti a. a. O. 59. Über das Stimmrecht vgl. auch die dort in N 1 zitierten Autoren.

[16]) Dies allerdings oft beschränkt. Für die Einberufung einer Mitgliederversammlung ist oft ein Quorum verlangt, sodaß beispielsweise das Recht auf Einberufung einer Mitgliederversammlung nur mit andern Mitgliedern zusammen ausgeübt werden kann.

[17]) Curti a. a. O. 75.

[18]) Entsprechend dem Recht auf Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäß OR 854. Vgl. dazu Kummer a. a. O. 1 ff.

[19]) ZGB 74; OR 889.

[20]) ZGB 70 Abs. 2; OR 843/844.

[21]) Daeniker a. a. O. 57.

[22]) Curti a. a. O. 90; Kummer a. a. O. 19 ff.

die Pflicht zu persönlichen Leistungen, die Pflicht zu Geldbeiträgen, bei der Genossenschaft u. U. Nachschußpflicht und Haftpflicht. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Genossenschaft und der Verein, wie übrigens alle andern rechtlichen Formen des körperschaftlichen Zusammenschlusses auch, die Pflichten je nach der Zweckverfolgung im Einzelnen bestimmen müssen.

§ 8 Eintritt, Austritt und Ausschluß beim Verein

I. Der Eintritt

1. Das Beitrittsverfahren

Bei der Aufnahme von Mitgliedern haben wir, wie beim Vertrag [23]), zwischen Offerte und Annahme zu unterscheiden. Daß der Eintritt auf einem Vertrag basiert, ist in der Schweiz heute praktisch unbestritten [24]). Die Kontrahenten sind auf der einen Seite der Verein, vertreten durch seine Organe, auf der andern Seite der Bewerber.

Kein Vertrag ist u. E. das Vereinsstatut. «Der Vertrag schafft individuelle Pflichten und Ansprüche jedes gegen jeden; das Statut schafft Zuständigkeiten eines Organs der Gesamtheit gegenüber dem Einzelnen [25])». Der Vertrag schafft Pflichten des Eintretenden und des Vereins gegeneinander. Das Statut jedoch begründet die Zuständigkeiten des Vereins gegenüber den durch Vertrag mit eben diesem Verein zu Mitgliedern gewordenen Bewerbern.

Der Eintritt in einen Verein kann in verschiedener Weise erfolgen. Es sind in den folgenden Ausführungen die Situationen

a) der Verein als Offerent

b) der Bewerber als Offerent

auseinanderzuhalten.

a) Der Verein als Offerent

Tritt der Verein als Offerent auf, so sucht *er* die Mitglieder zu gewinnen, d. h. er übernimmt die Aufgabe, durch Werbung seinen Mitgliederbestand auszudehnen. Er offeriert also dem Publikum die Mitgliedschaft. Nach den Regeln über den Abschluß von Verträgen hat sich der

---

[23]) Als einer von vielen Huber: Eintritt und Austritt . . . , a. a. O. 22.

[24]) Vgl. z. B. Huber: Eintritt und Austritt, a. a. O. 22; dagegen Balsiger a. a. O. 11.

[25]) W. Burckhardt: Organisation . . . , a. a. O. 311.

Bewerber nun darüber zu entscheiden, ob er die Offerte akzeptieren will oder nicht. Nimmt er an, so erwirbt er eo ipso mit dem Vertragsschluß auch die Mitgliedschaft; lehnt er ab, so wird die Bindung des Offerenten hinfällig und er ist an seinen Antrag nicht mehr gebunden. Teilakzepte sind nicht möglich, hingegen Gesamtofferten, die mehrere Einzelofferten alternativ umfassen [26]).

Im Wesentlichen gleich liegt der Fall der sog. «*stillschweigenden Aufnahme*» [27]). Hier hat der Verein sein Beitrittsrecht so ausgestaltet, daß die Beitrittserklärung zur Begründung der Mitgliedschaft genügt. Er, der Verein, hat sich in den Statuten zum vornherein bereit erklärt, jeden Bewerber (— der allfällige Bedingungen erfüllt —) in seine Reihen aufzunehmen; darin liegt die Offerte, während sich die Beitrittserklärung, rechtlich gesehen, als Akzept darstellt.

b) Der Bewerber als Offerent

In der Regel stellt der Bewerber die Offerte, d. h. er sucht um Aufnahme nach. Hier allein kann das Prinzip der offenen Türe Bedeutung erlangen, weil ja im umgekehrten Fall überhaupt keine Abschlußtendenzen bestehen. Tritt der Verein als Offerent auf, so will er sich nicht nach außen abschließen, sondern im Gegenteil für jeden die Türe offenhalten [28]) [29]). Im Zusammenhang mit den von uns untersuchten Vereinen ist der letzterwähnte Fall ohne jedes Interesse, da die Türe hier offen ist. Nur wenn der Bewerber als Offerent auftritt, der Verein also bezüg-

[26]) Z. B. wenn ein Verein einem Außenstehenden den Vorschlag macht, einzutreten, und damit das Ziel anvisiert, ein neues Aktivmitglied zu erhalten. Der Angefragte tritt in der Folge aber nur als Passivmitglied bei. Bei den Vereinen, welche eine Mehrzahl von Mitgliederkategorien besitzen, muß wohl eine Offerte als auf alle Kategorien bezüglich angesehen werden, womit es gegeben erscheint, auf diese Fälle die Bestimmungen über die Wahlobligation sinngemäß anzuwenden.

[27]) U. E. widerspricht diese Ausgestaltung der vom Gesetz vorausgesetzten persönlichen Struktur des Vereins (a. M. Egger N 2 zu ZGB 70). Vereine, denen es nur auf die Zahl der Mitglieder, nicht aber auf deren Person ankommt, sind als atypisch zu betrachten. In der Praxis ist denn auch die stillschweigende Aufnahme die Ausnahme.

[28]) Es ist zu beachten, daß diese offene Türe kraft Vereinsautonomie entsteht, aber nicht dem Vereinsrecht immanent ist.

[29]) Oft ist es gerade bei Wirtschaftsverbänden so, daß im Anfangsstadium die Beitrittsordnung derart geregelt ist, daß jeder Bewerber durch die Beitrittserklärung die Mitgliedschaft erwerben kann, damit möglichst alle potentiellen Bewerber so bald als möglich organisiert sind. In einem späteren Zeitpunkt wird sie dann geändert und von nun an jeder Bewerber auf Herz und Nieren geprüft; manchmal werden Neuaufnahmen überhaupt ausgeschlossen.

lich des Vertragsschlusses (= Aufnahme) das letzte Wort hat, ist er durch Verweigerung des Akzepts in der Lage, sich abzuschließen, womit sich ja erst die Frage nach der offenen Türe stellt.

Der Entscheid über Aufnahme oder Ablehnung des Gesuches liegt bei der Vereinsversammlung oder, sofern die Statuten es vorsehen, bei einem andern zur Aufnahme von Mitgliedern befugten Organ (Vorstand, spezielle Kommission, Präsident etc.). Ausschlaggebend ist, unter Vorbehalt einer andern statutarischen Regelung, das absolute Mehr aller abgegebenen Stimmen [30]). Der Mehrheitsbeschluß in zustimmendem Sinne bedeutet Akzept der Offerte und damit Aufnahme als Mitglied. Ist die Mehrheit für Ablehnung, so ist die Offerte des Bewerbers abgewiesen, der Vertragsschluß nicht zustande gekommen.

Eine andere Frage, die anschließend unter Ziff. 2 zu prüfen ist, ist jene, ob das zuständige Organ absolut frei ist, abzulehnen oder aufzunehmen, oder ob die Ablehnungsbefugnis durch das Gesetz beschränkt ist oder durch die Statuten beschränkt werden kann.

2. Eintrittsfreiheit beim Verein?

a) Wie in allen Kulturstaaten, so steht auch in der Schweiz im Mittelpunkt der Privatrechtsordnung das freiheitliche Prinzip der *Privatautonomie*. Die Rechtssubjekte sollen ihre Rechtsbeziehungen grundsätzlich frei bestimmen können. Der Weg der Freiheit allein gewährleistet auf die Dauer Entwicklung und Prosperität [31]); jedem Zwang haftet der Nachteil der Starrheit und Unbeweglichkeit an.

Unter der Privatautonomie wird allgemein die Freiheit des Individuums verstanden, innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsordnung seine Rechtsbeziehungen nach den eigenen Bedürfnissen zu regeln [32]). Dazu gehört auch die Freiheit, sich zu einer Personenvereinigung zusammenzuschließen. In dieser besondern Ausgestaltung als Assoziationsfreiheit äußert sich die Privatautonomie wie folgt [33]):

1. Freiheit, eine bestimmte Assoziation zu gründen.
2. Freiheit, sich einer bestehenden Assoziation anzuschließen.
3. Freiheit, eine bestehende Assoziation aufzuheben, aus ihr auszutreten oder die Mitglieder auszuschließen.
4. Freiheit, Mittel und Zwecke selber zu bestimmen.
5. Freiheit, seine Partner in der Assoziation selber auszuwählen.

---

[30]) Egger Komm. N 8 zu ZGB 66/67; Hafter Komm. N 7 zu ZGB 66/67.
[31]) Haab: Krisenrecht, a. a. O. 23.
[32]) Oftinger: Staatsstruktur, a. a. O. 226.
[33]) Oftinger: Staatsstruktur, a. a. O. 226.

Alle diese Freiheiten verstehen sich selbstverständlich innerhalb der von der Rechtsordnung selber aufgestellten Schranken.

Für die uns hier beschäftigende Frage, ob das Prinzip der offenen Türe im Vereinsrecht verwirklicht ist, interessieren von den genannten Manifestationsmöglichkeiten der Assoziationsfreiheit vor allem die Freiheit, seine Partner in der Assoziation auszuwählen und die Freiheit, sich einer bestehenden Assoziation anzuschließen. Subjekt der ersteren ist das Mitglied der Assoziation, Subjekt der zweiten der Bewerber. Das Mitglied ist frei, einen Bewerber, der ihm nicht paßt, abzulehnen, der Bewerber ist frei, sich einer bestehenden Assoziation anzuschließen — liegt darin nicht ein unlösbarer Widerspruch? Unseres Erachtens nein, denn die Freiheit des Bewerbers, sich einer bestehenden Vereinigung anzuschliessen, darf richtiger Anschauung nach nicht als Recht auf Aufnahme in diese Vereinigung verstanden werden, sondern will lediglich besagen, daß es dem Interessenten freisteht, sich um die Mitgliedschaft zu bewerben oder davon Abstand zu nehmen [34]). Mit andern Worten, die Assoziationsfreiheit gewährleistet die Abschlußfreiheit und verbietet jeden Koalitionszwang (als besondere Ausgestaltung des allgemeinen Kontrahierungszwanges) [35]), wie er z. B. in praxi von den Gewerkschaften immer wieder durchzusetzen versucht wird. Die Freiheit, sich einer bestehenden Vereinigung anzuschließen, bedeutet nichts anderes, als daß niemand gezwungen werden kann, einer Assoziation beizutreten. Ein Widerspruch zur Auswahlfreiheit des Mitgliedes besteht nicht. Diese schließt die sogenannte Beitrittsfreiheit bei allen Assoziationen grundsätzlich aus.

Was hier für alle Formen von Personenvereinigungen im Allgemeinen gesagt wurde, gilt auch für die Körperschaften. Auch sie haben teil an der Privatautonomie in Form der sogenannten *Körperschaftsautonomie*. Das heißt, daß die Körperschaften — immer in den Schranken der Rechtsordnung — frei sind, ihre Verhältnisse selber zu ordnen. Der Verband erhält so die Möglichkeit, eine Sphäre zu bilden, in der er nach eigenen Gesetzen wirken kann. Zur Autonomie gehört insbesondere auch die Organisationsbefugnis, d. h. die Freiheit, die innere Gestaltung der Körperschaft im Rahmen der Rechtsordnung frei zu bestimmen. Kernpunkt der Organisationsbefugnis ist das Recht zur Aufnahme oder Abweisung von neuen Mitgliedern, wie wir es in Form der Auswahlfreiheit schon bei der allgemeinen Assoziationsfreiheit angetroffen haben. Es ist somit festzuhalten, daß jede Körperschaft auf Grund der unsere ganze

[34]) Fischer a. a. O. 34; Nipperdey a. a. O. 4; Oftinger: Vertragsfreiheit, a. a. O. 316.

[35]) Fischer a. a. O. 34.

Rechtsordnung beherrschenden Privatautonomie in ihrer besonderen Ausgestaltung als Körperschaftsautonomie grundsätzlich frei ist, einen Bewerber aufzunehmen oder abzuweisen [36]). Ein Recht auf Aufnahme besteht nicht; es gibt keine Beitrittsfreiheit. Diese Lösung ergibt sich nicht nur aus der Stellung der Privatautonomie als Angelpunkt unserer Privatrechtsordnung, sondern rechtfertigt sich auch aus den im ersten Teil dieser Arbeit angestellten soziologischen und wirtschaftlichen Überlegungen. Solange nicht Dritte durch die Abweisung in von der Rechtsordnung geschützten Rechten verletzt werden, sind die Abschlußtendenzen zur Sicherung einmal errungener Vorteile nicht zu bemängeln. Ja, es wäre ein Unding, von einer Körperschaft zu verlangen, daß sie Leute aufnehme, die ihre Bestrebungen sabotieren könnten. Jeder Personenverbindung muß durch ihre Zwecke eine bestimmte Exklusivität zugestanden werden. Ohne diese ist jede Interessenverfolgung undenkbar, weil durch die Zersplitterung die konzentrierte Verfolgung der Verbandsziele verunmöglicht wird.

Nun ist aber, wie wiederholt betont wurde, die Privatautonomie und damit die Körperschaftsautonomie in unserer Rechtsordnung nur anerkannt, soweit diese nicht selber Schranken aufgestellt hat. Die Frage nach der Verwirklichung des Prinzips der offenen Türe ist deshalb identisch mit der Frage nach den Schranken der Körperschaftsautonomie. Selbstverständlich ist der Gesetzgeber in der Aufstellung solcher Schran-

---

[36]) Der Umstand, daß Akzept bzw. Ablehnung durch Beschluß zustandekommen, bringt für unser Problem, welches die Schranken der Abschlußfreiheit sind, keine Besonderheit. Der Beschluß — Ergebnis der Willensbildung in der Körperschaft durch Ausübung des Stimmrechts —, der die oft nicht erreichbare Einigung ersetzt (v. Tuhr Bd. II, a. a. O. 236), tritt an Stelle der Willensäußerung des Einzelnen, ist aber gleichbedeutend mit dieser (vgl. H. Feldmann a. a. O. 14; K. Wieland a. a. O. 431; Waldecker a. a. O. 198). Das Stimmrecht des Einzelnen und damit die Beschlußfassung ist grundsätzlich den gleichen Schranken unterworfen wie jede andere Rechtsausübung auch. Was im Folgenden über die Abschlußfreiheit und ihre Schranken gesagt wird, gilt deshalb entsprechend auch für den Abschluß durch Beschluß. Würde ein Ablehnungsbeschluß gegen eine sich aus einem speziellen Rechtsinstitut oder den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts ergebende Schranke verstoßen, wäre er grundsätzlich, da rechtswidrig, nichtig. Eine andere Frage, welche sich nur im Falle der Bejahung einer Aufnahmepflicht stellen wird, ist, ob der fehlende Aufnahmebeschluß durch eine entsprechende Erklärung im Urteilsdispositiv ersetzt werden könnte.
Über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des OR auf Beschlüsse vgl. Enneccerus/Lehmann a. a. O. 108; Egger Komm. N 10, 11, 15 zu ZGB 7; Jacusiel a. a. O. 61; Gutzwiller Festgabe a. a. O. 267; K. Wieland ZSR 41, 131; H. Feldmann a. a. O. 24/26.

ken frei. So könnte er die Autonomie einer bestimmten Körperschaftsform ohne weiteres zu Gunsten eines Beitrittsrechts der Bewerber aufheben (wahrscheinlich allerdings mit der Wirkung, daß diese Form bald nicht mehr benützt würde). Ob er das bezüglich des Vereins getan hat, wird anschließend noch zu untersuchen sein, wobei wir uns auf jene Schranken der Körperschaftsautonomie beschränken, welche das Vereinsrecht allenfalls selber statuiert. Selbstverständlich gelten daneben aber auch die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit, z. B. ZGB 2, ZGB 28, OR 20 etc. [37]) [38]).

b) Eine Schranke im oben angedeuteten Sinne scheint ZGB 70 Abs. 1, die einzige Bestimmung, die sich mit der Aufnahme in den Verein befaßt, zu enthalten: «Der Eintritt von Mitgliedern kann jederzeit erfolgen.» Dem Wortlaut der Norm nach könnte man auf einen Aufnahmezwang der Vereine schließen. Der Wortlaut ist aber sozusagen das Einzige, was für eine solche Auslegung spricht, alle andern Momente sprechen dagegen. Insbesondere darf von einem so grundlegenden Prinzip unserer Privatrechtsordnung, wie es die Privatautonomie darstellt, nur abgewichen werden, wenn das Gesetz das klar sagt. Solange eine Auslegung in Berücksichtigung des Grundsatzes der Privatautonomie, also ohne Aufnahmezwang, möglich ist, scheint uns dieses gefolgt werden zu müssen. Nach allgemeiner Auffassung liegt denn auch die Betonung auf «jederzeit», d. h. daß nicht nur auf Ende des Vereins- oder Kalenderjahres Aufnahmegesuche an den Verein gerichtet werden können, und insbesondere, daß es diesem freisteht, jederzeit neue Mitglieder aufzunehmen. Einen Aufnahmezwang begründet die genannte Norm nicht [39]). Es steht dem Verein im Gegenteil frei, einen numerus clausus zu statuieren oder die Aufnahme von beliebigen Bedingungen abhängig zu machen, ja die Aufnahme sogar zu verweigern, wenn die statutarischen Bedingungen erfüllt sind. Das Gesetz sieht keinerlei Beschränkung der Autonomie des Vereins vor, die Mitglieder sind in ihrem Entschluß, einen Bewerber abzuweisen, völlig frei. Es kann dies mit oder ohne Angabe der Gründe geschehen: «les demandes des candidats sont à bien-plaire» [40]). Diese Regelung entspricht in hohem Maße dem Wesen des Normaltypus des Vereins. Viel mehr als die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke erfordert

---

[37]) Vgl. ZGB 7. — Zu dieser Frage als einer von vielen Egger N 11—14 zu ZGB 7.

[38]) Ob sich aus ihnen im Einzelfall ein Aufnahmeanspruch ableiten läßt, hat Hefti in seiner schon oft zitierten Dissertation untersucht.

[39]) Als einer von vielen Tuor a. a. O. 113.

[40]) Rossel/Mentha a. a. O. 135.

die Verfolgung idealer Zwecke (man denke z. B. nur an religiöse Vereine!) eine starke Exklusivität in der Wahl der Mitglieder. Die Mitglieder dieser Normaltypen werden ja nicht durch wirtschaftliche Interessen, sondern einzig durch ihr Ideal zusammengehalten, hier finden sie und ihre Interessen einen gemeinsamen Mittelpunkt. Mitglieder, welche der notwendigen ideellen Einstellung entbehren, müssen, da Ideale besonders leicht gestört werden können, vom Verein ferngehalten werden können, soll dieser nicht selber gefährdet werden. Darauf hat schon Eugen Huber in den Erläuterungen zum Vorentwurf [41]) hingewiesen, indem er bezüglich der Beitrittsregelung feststellte: «In dieser Hinsicht genügt es offenbar, den rein persönlichen Charakter jeder Mitgliedschaft hervorzuheben. Es ergibt sich daraus die Aufnahme durch Vereinsbeschluß . . .» [42]). Mit der Betonung des rein persönlichen Charakters der Vereinsmitgliedschaft hat er u. E. die Besonderheiten der Verfolgung ideeller Ziele im Auge gehabt, welche eben die absolute Auswahlfreiheit des Vereins erforderlich macht.

Es ist deshalb festzuhalten, daß das Vereinsrecht die aus der Körperschaftsautonomie fließende Auswahlfreiheit bezüglich der Partner in keiner Weise beschränkt, sondern daß sich die unbeschränkte Ablehnungsbefugnis von Bewerbern aus dem Zweckgedanken des normalen Vereinstypus geradezu aufdrängt [43]).

II. Der Austritt

1. Allgemeines

Das Prinzip der offenen Türe erschöpft sich nicht im Recht zum Eintritt in eine Personenvereinigung. Dem Beitrittsrecht entspricht das Recht des Mitgliedes, den Personenverband zu verlassen, wenn und wann es ihm paßt. Die Freiheit, aus einer bestehenden Personenverbindung auszutreten, haben wir bereits vorne auf Seite 64 als in der Assoziationsfreiheit

---

[41]) E. Huber: Erläuterungen, a. a. O. 89.

[42]) Die Bestimmung über den Eintritt war offenbar so klar, daß sie in den Beratungen nie in Diskussion stand, weder in der Expertenkommission noch in den Räten.

[43]) Diese Ablehnungsbefugnis besteht allerdings nur solange, als nicht ein Persönlichkeitsrecht des Bewerbers verletzt wird und nicht die Verweigerung der Aufnahme kausal für diese Verletzung ist. Diese Kausalität kann aber nur bei Monopolstellung des Vereins eintreten. Vgl. Hefti a. a. O. 39 ff., 42.

enthalten erkannt [44]). In gewissem Sinne kann sie als die negative Seite der Auswahlfreiheit betrachtet werden; dem Recht, seine Partner in aller Freiheit selber auszusuchen, entspricht das Recht, die Partnerschaft jederzeit wieder aufzugeben. Damit tritt, anders als beim Eintritt, bezüglich des Austritts aus einer Personenverbindung, obgleich beide auf das gleiche Prinzip zurückgehen, die Assoziationsfreiheit in Konflikt mit der Körperschaftsautonomie, die begrifflich auch die Freiheit der Körperschaft, die Austrittsordnung selber zu gestalten, enthält. Zu prüfen bleibt, ob und wie das Vereinsrecht diesen Konflikt entschieden hat.

2. Das Prinzip der Austrittsfreiheit gemäß ZGB 70 Abs. 2

ZGB 70 Abs. 2 räumt dem Mitglied das Recht ein, unter Beobachtung einer halbjährigen Frist auf Ende eines Kalenderjahres oder einer Verwaltungsperiode aus dem Verein auszutreten. Dieses Recht besteht von Gesetzes wegen, d. h. zwingend. Es kann weder durch Vereinsstatuten noch durch Vereinsbeschluß beeinträchtigt werden. Jede sachliche Austrittserschwerung ist verboten [45]). Weder dürfen besondere Austrittsgebühren verlangt werden [46]), noch darf der Austritt von der Bezahlung rückständiger Vereinsbeiträge abhängig gemacht werden [47]). Auch eine Verlängerung der Kündigungsfrist ist unzulässig; dagegen darf sie selbstverständlich verkürzt werden [48]). Wie der Verein die Ablehnung eines Bewerbers, so braucht das Mitglied seinen Austritt nicht zu begründen [49]).

Es ist unverkennbar, daß das Austrittsrecht eine nahe [50]) «Verwandtschaft mit dem Kündigungsrecht» von Dauerschuldverhältnissen aufweist. In der Tat kann ja auch die Vereinsmitgliedschaft, die nach herrschender Doktrin und Praxis durch Vertrag begründet wird [51]), als Dauerschuldverhältnis betrachtet werden [52]). Im Unterschied aber zu diesen besteht ein *ordentliches «Kündigungsrecht»* beim Verein nicht nur, wenn das

[44]) Vgl. Oftinger: Staatsstruktur, a. a. O. 226.
[45]) Egger Komm. N 10 zu ZGB 70.
[46]) Daeniker a. a. O. 69 und die dort zitierten Autoren.
[47]) Hafter Komm. N 13 zu ZGB 70.
[48]) Hafter Komm. N 14 zu ZGB 70.
[49]) BGE 63 II 355. Über die Natur des Austrittsrechts als Schutzrecht siehe Curti a. a. O. 75 ff., insbesondere 86/87.
[50]) Curti a. a. O. 85; Egger Komm. N 9 zu ZGB 70 nimmt sogar Identität an.
[51]) v. Tuhr BGB allg. Teil I 476; Heinsheimer a. a. O. 18, 22; Müller-Erzbach Handelsrecht I 260; Egger Komm. N 17 zu ZGB 60; Siegwart Komm., Vorbemerkungen zu OR 629—639 N 18 ff.; BGE 57 II 124. — Für Kartelle vgl. Schlatter a. a. O. 39; Merz a. a. O. 15; Hefti a. a. O. 5.
[52]) So Egger Komm. N 9 zu ZGB 70.

Verhältnis unbefristet ist, sondern es besteht schlechthin, d. h. auch bei befristeten Vereinen. Der innere Grund für die kompromißlose Durchführung der Austrittsfreiheit im Vereinsrecht ist u. E., wie jener für die absolute Ablehnungsfreiheit von Bewerbern, im Wesen der Normalvereine zu suchen. Die zwangsweise Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft eines austrittswilligen Mitgliedes verträgt sich nicht mit der idealen Zwecksetzung. Wirksame Zweckverfolgung auf idealem Gebiete ist auf die Dauer nur möglich bei völliger Freiwilligkeit der Mitgliedschaft. Der Normaltypus des Vereins hat deshalb gar keine Interessen, seine Mitglieder gegen ihren Willen an sich zu ketten. Anderseits bietet er dem Mitglied keine «ökonomische Gegenleistung», die u. U. die mit jeder dauernden Mitgliedschaft in einer Personenvereinigung zwangsläufig [53]) gegebene Beschränkung in der persönlichen Freiheit rechtfertigen würde[54]). Mit Recht hat deshalb der Gesetzgeber die Vereinsautonomie bezüglich der Austrittsregelung zwingend beschränkt zu Gunsten der Wahrung der Assoziationsfreiheit der Mitglieder; für die Wahrung der Interessen des Normalvereins genügt die halbjährige Kündigungsfrist vollkommen.

Neben dieser ordentlichen einseitigen Auflösungsmöglichkeit des Mitgliedschaftsverhältnisses besteht, obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, als besonderer Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus, die allen Dauerschuldverhältnissen gemeinsame Möglichkeit der *Kündigung aus wichtigem Grund*. Liegt ein solcher vor, so kann das Mitglied, ohne den Ablauf der Kündigungsfrist abzuwarten, sofort aus dem Verein austreten [55]). Dies ist selbst dann möglich, wenn der wichtige Grund erst während des Laufs der Kündigungsfrist eintritt oder bekannt wird oder während eines gegen das Mitglied hängigen Ausschlußverfahrens [56]).

---

[53]) Vgl. E. Huber: Erläuterungen, a. a. O. 89; Curti a. a. O. 85.

[54]) Vgl. BGE 40 II 240; 53 II 329; Künzler a. a. O. 46; Merz a. a. O. 27; Hefti a. a. O. 617.

[55]) Egger Komm. N 10 zu ZGB 70. Dagegen Curti a. a. O. 86 Anm. 5. — Wichtige Gründe sind vor allem auch alle Gewissensgründe (Egger Komm. N 10 zu ZGB 70); in der Praxis wird man sehr darauf achten müssen, daß Gewissensgründe nicht als Vorwand für den Austritt geltend gemacht werden. Dem Austritt eines Mitgliedes aus einem als Verein organisierten Verband mit Kartellabreden, der aus dem Grund erfolgen würde, «weil man die marktschließerische Tendenz des Verbandes nicht mehr mitmachen könne», wäre mit Skepsis gegenüberzutreten. Von der Geltendmachung von Gewissensgründen dürfte wegen der Beweisschwierigkeiten in der Praxis nicht allzuviel Gebrauch gemacht werden. Immerhin bestehen Anwendungsfälle, vgl. ZbJV 57, 82 und Weiß a. a. O. Nr. 380. Auch Hafter a. a. O. N 17 zu ZGB 70 scheint einen Austritt aus wichtigen Gründen zu bejahen.

[56]) Egger Komm. N 10 zu ZGB 70 a. E.; Hafter Komm. N 16 zu ZGB 70.

III. Der Ausschluß

1. Allgemeines

Neben der Beitrittsfreiheit und der Austrittsfreiheit ist die Freiheit, ein Mitglied einer Personenvereinigung auszuschließen, der dritte Aspekt des Prinzips der offenen Türe. Die Beitrittsfreiheit wäre illusorisch, wenn es dem Verband frei stünde, das eingetretene Mitglied sofort wieder hinauszuwerfen. Anderseits wäre es unbillig, wenn *nur* dem Mitglied das Recht zustände, das Mitgliedschaftsverhältnis durch Austritt einseitig aufzuheben, wann es ihm paßt, der Verband hingegen keine Möglichkeit der einseitigen Auflösung hätte. Wir haben denn auch bereits auf S. 64 erkannt, daß auch die Ausschließungsfreiheit Bestandteil bildet der Assoziationsfreiheit. Auch sie kann, wie die Austrittsfreiheit [57]), als negative Seite der Partnerwahlfreiheit betrachtet werden. Zu prüfen bleibt nur, ob dieser Grundsatz durch die positivrechtliche Ausgestaltung irgendwelche Einschränkungen erfahren hat.

2. Das Ausschließungsrecht des Vereins gemäß ZGB 72 [58])

a) Gemäß Abs. 1 von ZGB 72 ist der Verein in der *statutarischen Ausgestaltung* seiner Ausschließungsordnung völlig frei [59]). Die Statuten können bestimmte *Ausschließungsgründe* abschließend oder enumerativ aufzählen; sie können sich aber auch mit einer allgemeinen Ausschliessungsklausel begnügen [60]) oder sogar die Ausschließung ohne Angabe von Gründen vorsehen [61]). Auch bezüglich des Ausschließungsverfahrens (Zuständigkeit, einfaches oder qualifiziertes Mehr, Möglichkeit des Weiterzuges des Ausschließungsbeschlusses) können die Statuten eine freie Regelung treffen.

---

[57]) Vgl. vorne S. 50.

[58]) Über die — umstrittene — Rechtsnatur der Ausschließung vgl. Daeniker a. a. O. 121 f. Nach schweizerischer Auffassung (Egger Komm. N 3 zu ZGB 72; Hafter Komm. N 1 zu ZGB 72) handelt es sich nur um einseitige Vertragsauflösung durch Gestaltungsakt. Der Wille, den Vereinen die Ordnung ihrer inneren Angelegenheiten selbständig zu überlassen, kann schon in den Materialien zum ZGB festgestellt werden: Erläuterungen I 80 ff.; ProtExp Komm. I 13 ff.; StenBull 1905, 943. Die Botschaft zum ZGB vom 28. Mai 1904, 20, stellte fest, wer einem Verein beitrete, unterwerfe sich damit auch bestimmten Ausschließungsvorschriften. Vgl. auch BGE 31 II 678.

[59]) Hafter Komm. N 3 zu ZGB 72; Egger Komm. N 4 zu ZGB 72.

[60]) Z. B. « . . . welche die Interessen des Vereins gefährden» (BGE 51 II 242).

[61]) Egger Komm. N 5 zu ZGB 72; Hafter Komm. N 6 zu ZGB 72, immerhin mit dem Vorbehalt in N 7.

Das Vereinsrecht kennt somit, was die statutarische Ausgestaltung der Austrittsordnung betrifft, keine Schranken der Privatautonomie. Im Gegenteil, es stellt sich materiell mit der in ZGB 72 Abs. 1 getroffenen Regelung ausdrücklich auf den Boden der Körperschaftsautonomie (und der Assoziationsfreiheit, die hier, anders als beim Recht auf Austritt, nicht im Gegensatz steht zu ersterer). Die Freiheit, mißbeliebige Mitglieder auszuschließen, ist in der Tat nichts anderes als das Korrelat sowohl zur unbedingten Ablehnungsfreiheit von Bewerbern als auch zur unbeschränkten Austrittsfreiheit der Mitglieder. Die innere Rechtfertigung dieser Regelung ist wiederum im Wesen des Normalvereins zu suchen. Wie es dem Verein offensteht, die für seine spezielle Zweckverfolgung geeigneten Mitglieder frei auszuwählen, und wie dem Mitglied sein freies Austrittsrecht gesetzlich gewährleistet ist, weil sich Zwangsmitgliedschaft mit idealer Zwecksetzung nicht verträgt, so muß der Verein auch die Möglichkeit haben, jeden auszuschließen, der die Verfolgung des idealen Vereinszweckes auch nur erschwert. Da anderseits die Mitgliedschaft keine wirtschaftlichen Vorteile bringt, tritt durch den Ausschluß keine Schädigung ein; der Ausgeschlossene wird in seinen Vermögens- und anderen ökonomischen Interessen nicht beeinträchtigt. Zudem bewirkt die Vorschrift, daß Ausschließungsvorschriften in den Statuten enthalten sein müssen, worin eine formelle Beschränkung der Körperschaftsautonomie zu erblicken ist, einen gewissen Schutz des Mitgliedes. So liegt es am Bewerber, zu entscheiden, ob er in einen Verein eintreten will, bei dem er das Risiko läuft, eines Tages — u. U. ohne Angabe der Gründe — ausgeschlossen zu werden [62]).

b) Sehen die Statuten keine Ausschließungsgründe vor, so kann der Verein das Mitgliedschaftsverhältnis nur aus wichtigen Gründen auflösen (*«außerordentliche Kündigung»*, ZGB 72 Abs. 3) [63]). Das entspricht dem allgemeinen Prinzip der einseitigen Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen bei Vorliegen wichtiger Gründe. Die wichtigen Gründe müssen in der Person des Auszuschließenden gegeben sein. Sie sind stets dann anzunehmen, wenn eine weitere Mitgliedschaft des Auszuschließenden die Erreichung des Vereinszwecks gefährden würde [64]).

c) Zuständig für den Ausschließungsbeschluß ist in diesem Fall *nur* die Mitgliederversammlung (wie übrigens auch, wenn für die ordentliche

---

[62]) Vgl. die Botschaft zum ZGB vom 28. Mai 1904, 20.

[63]) Egger Komm. N 6 zu ZGB 72.

[64]) Gleicher Meinung Egger Komm. N 6 zu ZGB 72; Hafter Komm. N 9 zu ZGB 72; vgl. ferner die reichhaltige Praxis des Bundesgerichts, z. B. 30 II 462; 31 II 680; 38 II 117; 44 II 80; 51 II 242 und Babel a. a. O. 53.

Ausschließung statutarisch keine besondere Zuständigkeit vorgesehen ist [65]). Die allgemeinen vereinsrechtlichen Grundsätze sind dabei zu wahren [66]), insbesondere muß eine Versammlung einberufen worden sein; die Beschlußfassung hat unter Wahrung der gesetzlichen Formen (Ausschluß des von der Ausschließung Betroffenen von den Beratungen und der Abstimmung gemäß ZGB 68) zu erfolgen. Dem Auszuschließenden ist Gelegenheit zur Rechtfertigung zu geben [67]). Das Recht zur Verteidigung ist jedoch nicht schlechthin gewährleistet, auf alle Fälle dann nicht, wenn der Auszuschließende sein Désinteressement an den Geschicken des Vereins bekundet, indem er sich gänzlich vom Verein distanziert, oder wenn die tatsächlichen Umstände ohnehin klarliegen [68]). Immerhin ist eine Ausschließung nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist; auch das freie statutarische Ausschließungsrecht darf kein willkürliches sein [69]).

§ 9 Eintritt, Austritt und Ausschluß bei der Genossenschaft

I. Der Eintritt

1. Das Beitrittsverfahren

Wie beim Verein [70]), so kann auch bei der Genossenschaft die «Anmeldung» Offerte oder Akzept sein. Letzteres trifft zu, wenn die Statuten vorsehen, daß die Mitgliedschaft mit Eingang der Beitrittserklärung begründet wird (OR 840 Abs. 3). Darin liegt eine Offerte an das Publikum oder einen bestimmten Kreis davon [71]). Die offene Türe besteht in diesem Falle kraft Körperschaftsautonomie [72]).

---

[65]) Egger Komm. N 7 zu ZGB 72.
[66]) Egger Komm. N 7 zu ZGB 72.
[67]) BGE 40 II 379.
[68]) BGE 44 II 83.
[69]) Heinsheimer a. a. O. 47; Hafter Komm. N 5 zu ZGB 72 und die dort zitierten Autoren.
[70]) Vgl. vorne S. 62.
[71]) Das übersieht Bürgisser a. a. O. 24, wenn er behauptet, daß die Genossenschaft auf eine Erklärung verzichten könne; sie ist eben in den Statuten vorweggenommen.
[72]) Solche Genossenschaften sind u. E. denaturierte Gebilde, weil sie den vom Gesetz vorausgesetzten personalen Charakter der Genossenschaft, der nur durch Auslese der Mitglieder nach bestimmten Kriterien gewahrt werden kann, verleugnen.

Die Frage der Verwirklichung des Prinzips der offenen Türe von Gesetzes wegen stellt sich nur, wenn, was die Regel ist [73]), der Bewerber als Offerent auftritt, die Genossenschaft also bezüglich der Aufnahme das letzte Wort und somit überhaupt erst die Möglichkeit hat, sich abzuschließen. Als Bewerber kommt sowohl eine natürliche oder juristische Person als auch eine Handelsgesellschaft [74]) in Frage. In Abweichung vom Vereinsrecht hat die Anmeldung schriftlich zu erfolgen (OR 840 Abs. 1), ist also formbedürftig [75]). Sie kann mit dem Anteilschein verbunden werden; dann gilt dessen Unterzeichnung als Beitrittserklärung [76]). Statutarisch können die formellen Anforderungen an die Beitrittserklärung noch erhöht werden [77]).

Die Formvorschriften für die Beitrittserklärungen sind Gültigkeitsvoraussetzung. Der Eintretende soll damit auf die Bedeutung seines Schrittes aufmerksam gemacht und unüberlegte Verpflichtungen verhindert werden [78]), Argumente, welche beim Eintritt in den Normalverein infolge der ideellen Zwecksetzung nicht spielen, wohl hingegen bei der spezifisch genossenschaftlichen mit ihrer engen wirtschaftlichen Bindung, worin u. E. die Rechtfertigung für diese formelle, dem Vereinsrecht fehlende Schranke der Körperschaftsautonomie liegt. Grundsätzlich ist deshalb eine nachträgliche Heilung des Formmangels nicht möglich [79]).

---

[73]) Regelmäßig enthalten die Statuten Beitrittsbedingungen, deren Einhaltung zu überprüfen ist.

[74]) StenBull StR 1932 197; StenBull NR 1934 753; OR 828 Abs. 1; Balsiger a. a. O. 16 f.; Vogel a. a. O. 53; Frey a. a. O. 46; Winkler a. a. O. 64.

[75]) Vor der Eintragung der Genossenschaft ins Handelsregister ist Unterzeichnung der Statuten notwendig (OR 834 Abs. 4); bei Bestehen einer Nachschußpflicht oder der persönlichen Haftung der Genossenschafter muß dies in der Beitrittserklärung ausdrücklich vermerkt sein (OR 840 Abs. 2).

[76]) Vogel a. a. O. 61; Bürgisser a. a. O. 23; Emmenegger a. a. O. 60.

[77]) BGE 56 II 296. — Es wäre z. B. an das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift zu denken.

[78]) BGE 56 II 298 f.; Gutzwiller: Festgabe, a. a. O. 247.

[79]) Oser/Schönenberger Komm. N 31 zu OR 11; Waldecker a. a. O. 172; Blattner a. a. O. 53; Vogel a. a. O. 60; Durtschi a. a. O. 21; Bürgisser a. a. O. 22. Egger Komm. N 33 zu ZGB 2 und mit ihm Ab-Yberg a. a. O. 71 f. und Frey a. a. O. 58 f. möchten die Berufung auf den Formmangel nicht mehr zulassen, wenn seither der Vertrag in der Hauptsache erfüllt worden ist; Winkler will unter diesen Umständen Heilbarkeit nur zulassen bezüglich der Formvorschriften von OR 840 Abs. 2 (Erwähnung der persönlichen Haftbarkeit bzw. Nachschußpflicht in der Beitrittserklärung), nicht aber in bezug auf die in OR 840 Abs. 1 geforderte Schriftlichkeit. U. E. ist Berufung auf den Formmangel nur jener Partei verschlossen, die ihn dolos herbeigeführt hat (vgl. Egger Komm. N 30 zu ZGB 2; Ab-Yberg a. a. O. 71).

Zuständig für Aufnahme oder Abweisung ist, anders als beim Verein, die Verwaltung; die Statuten können primär aber auch einen Generalversammlungsbeschluß vorschreiben (OR 840 Abs. 3). Gleich wie im Vereinsrecht [80]) ist gemäß OR 888 Abs. 1, vorbehältlich abweichender statutarischer Regelung, das absolute Mehr aller abgegebenen Stimmen maßgebend, wobei nach OR 885 in der Genossenschaft allerdings zwingend Kopfstimmrecht gilt. Ist nicht die Mehrheit der Verwaltung bzw. der stimmenden Genossenschafter für Aufnahme, ist das Eintrittsgesuch abgewiesen. Offen bleibt auch hier die Frage, ob dieses Ablehnungsrecht unbeschränkt besteht.

2. Eintrittsfreiheit bei der Genossenschaft?

A. Allgemeiner Grundsatz

Ausgangspunkt für die Frage der Verwirklichung des Prinzips der offenen Türe ist auch im Genossenschaftsrecht der allgemein privatrechtliche Grundsatz der Privatautonomie in der besondern Ausgestaltung als Assoziationsfreiheit und Körperschaftsautonomie. Es kann hiefür auf die Ausführungen in § 8 unter I 2 a) verwiesen werden, wo insbesondere auf S. 65 und 67 festgestellt wurde, daß Assoziationsfreiheit und Körperschaftsautonomie jedem Aufnahmezwang seitens eines Personenverbandes entgegenstehen. Wie es dem Einzelnen frei steht, ob und mit wem er sich zu einer Gemeinschaft verbinden will, so steht es der Körperschaft grundsätzlich frei, ob sie einen Bewerber neu in die Gemeinschaft aufnehmen will. Eine Ausnahme besteht nur dort, wo das Gesetz in bezug auf einen bestimmten Personenverband mit voller Absicht vom Prinzip der Privatautonomie und der in ihr enthaltenen Abschlußfreiheit abgewichen ist. Für den Verein ist auf S. 68 festgestellt worden, daß solche Abweichungen von der Freiheit der Partnerauswahl nicht bestehen, daß sich diese im Gegenteil aus dem Wesen des Normalvereins geradezu aufdrängt. Hier ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang das Genossenschaftsrecht bezüglich des Eintritts Schranken der Körperschaftsautonomie aufstellt, indem es die Freiheit, Bewerber ohne weiteres abzulehnen, beschränkt [81]).

B. Recht auf Eigenregelung der Eintrittsordnung

a) Ohne Zweifel bestehen auch im Genossenschaftsrecht keine Schranken der Privatautonomie, welche es der Genossenschaft verbieten würden, die Aufnahme von neuen Genossenschaftern von Bedingungen

[80]) Vgl. vorne S. 64.

[81]) Daneben gelten selbstverständlich auch hier die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit, vgl. vorne S. 67 und dort Anm. 37.

abhängig zu machen [82]), OR 839 Abs. 2 sieht — allerdings unter Vorbehalt des später zu prüfenden Verbots der «übermäßigen Erschwerung» und unter Wahrung des Grundsatzes der nicht geschlossenen Mitgliederzahl — die Aufnahme von «nähern Bestimmungen über den Eintritt» ausdrücklich vor. Solche Eintrittsbedingungen können sich aber auch aus der konkreten Zwecksetzung einer Genossenschaft ergeben. Sie sind zur Erhaltung des vom Gesetz vorausgesetzten personalen Charakters der Genossenschaft und einer einheitlichen Zweckverfolgung unbedingt erforderlich [83]). Gewöhnlich wird dadurch der Kreis der in Frage kommenden Mitglieder beschränkt [84]), und zwar im Hinblick auf die spezielle Zwecksetzung. Das kann geschehen durch Eintrittserfordernisse persönlicher oder solche sachlicher Natur [85]). Erstere sind ausschließlich an die Person des Bewerbers gebunden, wie etwa Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte, Mindestalter, Geschlecht, Parteizugehörigkeit, Leumund, Konfession, Mitgliedschaft bei einer andern Vereinigung etc. Letztere liegen außerhalb der Persönlichkeit des Bewerbers. In Frage kommen z. B. Wohnort, Eigentum an einer Sache (meistens Grundstück), Betrieb eines bestimmten Gewerbes. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, *kann* der Bewerber aufgenommen werden. Eine andere, später zu prüfende Frage ist, ob er es auch *muß*.

b) Wenn also im folgenden vom Prinzip der offenen Türe im Genossenschaftsrecht die Rede ist, ist das stets nur im eben dargestellten beschränkten Sinne zu verstehen. Darüber besteht in der gesamten Doktrin Einhelligkeit. Ein absolutes, voraussetzungsloses Zutrittsrecht zu irgend einer Vereinigung ist noch von niemandem auch nur postuliert worden. Es würde ja in der Tat den obersten Grundsatz unserer Privatrechtsordnung, die Privatautonomie, nicht nur einschränken, sondern geradezu aus den Angeln heben. Die Frage kann deshalb nicht heißen: Hat jedermann Zutritt?, sondern lediglich: Hat derjenige, welcher die Aufnahme-

---

[82]) Guhl a. a. O. 576; Gutzwiller Komm. a. a. O. N 72; N 73 a. E.; Gerwig a. a. O. 156; Jacob a. a. O. 127; Wygodzinski/Müller a. a. O. 46; Winkler a. a. O. 55, 67; Ogrin a. a. O. 72/73; Frey a. a. O. 47/49; Bütikofer a. a. O. 26/27; Suter a. a. O. 201; für die Zeit vor 1900 auch Blattner a. a. O. 49. Aus der Praxis BGE 38 II 109 (Genosse kann nur sein, wer bei einem Verbandsmitglied beschäftigt ist und nicht einem andern verwandten Verbande angehört). — BGE 44 II 78 (pour faire partie de la société il faut être catholique-romain).

[83]) Vgl. Anm. 72 vorne S. 73.

[84]) Frey a. a. O. 48.

[85]) Frey a. a. O. 48 unterscheidet zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen, was mit unserer Unterscheidung identisch ist.

bedingungen erfüllt, einen klagbaren Anspruch auf Aufnahme? Vorgängig der Untersuchung dieser Frage ist aber noch zu prüfen, ob die Genossenschaft in der Aufstellung von Aufnahmebedingungen überhaupt gänzlich frei ist, oder ob ihre Autonomie schon diesbezüglich eingeschränkt ist.

C. Schranken der Statuierung von Aufnahmebedingungen

a) Das Gesetz auferlegt der Genossenschaft bezüglich der Aufstellung von Aufnahmebedingungen eine einzige Schranke: Sie darf den Eintritt nicht «übermäßig» erschweren (OR 839 Abs. 2). Insofern ist die Körperschaftsautonomie der Genossenschaft bezüglich der statutarischen Ausgestaltung der Beitrittsordnung beschränkt.

Übermäßig erschwert ist u. E. der Eintritt, wenn die Anforderungen an die Bewerber so hoch geschraubt sind, daß praktisch ein numerus clausus besteht [86]). Der Grundsatz der nicht geschlossenen Mitgliederzahl muß, wie schon aus der Begriffsbestimmung der Genossenschaft in OR 828 Abs. 1 hervorgeht, von jeder Genossenschaft unbedingt beachtet werden. Statutarische Bestimmungen über den Eintritt sind nur zulässig unter Wahrung dieses Grundsatzes (OR 839 Abs. 2).

Wann eine übermäßige Erschwerung in diesem Sinne vorliegt, kann nur im konkreten Einzelfall entschieden werden. Was für die eine Genossenschaft noch lange keine übermäßige Beitrittserschwerung ist, kann für die andere einem Abschluß nach außen gleichkommen. Die Beitrittsbedingungen müssen für jene Kreise unzumutbar sein, in welchen die betreffende Genossenschaft soziologisch liegt [87]). Bedingungen, welche ihrem Zwecke nach geeignet sind, Bewerber, die im Allgemeinen die Voraussetzungen erfüllen, welche die betreffende Genossenschaft ihrer ganzen Zwecksetzung nach zu fordern berechtigt wäre, von der Aufnahme auszuschließen, sind unzulässig. Zulässig ist dagegen, wenn eine Bezugsgenossenschaft von marchands-tailleurs nur schweizerische Schneidermeister, ein Konsumverein nur «Arbeiter» aufnimmt [88]). Ebenso geben Kredit, unbescholtener Ruf usw. taugliche Bedingungen für den Mitgliedschaftserwerb ab [89]). Auch wenn die Genossenschaft ihre Mitglieder nur aus einem eng begrenzten Kreise ausliest, ist der Zutritt nicht «übermäßig erschwert», weil die Mitgliederzahl nur beschränkt, nicht aber

[86]) Guhl a. a. O. 576; Gutzwiller Komm. N 72/73.
[87]) So Gysin Genossenschaftsrecht a. a. O. 366, speziell in bezug auf die Eintrittsgelder; vgl. auch Winkler a. a. O. 55.
[88]) Gutzwiller Komm. N 73.
[89]) Gerwig a. a. O. 156.

begrenzt ist [90]). Fraglich scheint dagegen, ob es nur darauf ankommt, daß nach den Statuten «die Genossenschaft nicht aus einer fest bestimmten Anzahl von Personen bestehe» [91]).

b) Das Verbot des numerus clausus in der hier dargelegten Form ist Ausdruck des das Genossenschaftsrecht beherrschenden Gedankens der freien Mitgliederbewegung, wie er auch in OR 828 Abs. 2, der Genossenschaften mit zum voraus bestimmtem Grundkapital als unzulässig erklärt, in Erscheinung tritt. Die Genossenschaften sollen sich nicht schon durch entsprechende Gestaltung ihrer Statuten nach außen abschließen können. Tun sie es doch, hat der Handelsregisterführer die Eintragung bzw. die Genehmigung der Statuten zu verweigern [92]); die Anfechtungsklage gegen einen trotz des — irgendwie in die Statuten gerutschten — numerus clausus erfolgten Aufnahmebeschluß wegen Statutenwidrigkeit müßte u. E. erfolglos sein, da die angerufene Statutenbestimmung selber rechtswidrig und nach OR 20 nichtig wäre [93]).

Die innere Berechtigung dieser im Gegensatz zum Vereinsrecht stehenden Beschränkung der Körperschaftsautonomie der Genossenschaften bezüglich der statutarischen Gestaltung ihrer Eintrittsordnung ist im Wesen der echten Genossenschaft zu suchen [94]). Ihre Ausgestaltung im neuen Recht als ausgesprochene Selbsthilfeorganisation würde sich mit der Abschließung von allen andern in der gleichen soziologischen Ebene liegenden Rechtssubjekten nicht vertragen — eine Überlegung, welche ohne weiteres auch für die «genossenschaftlichen Vereine» gilt [95]). Anders als beim Normaltypus des Vereins mit seiner idealen Zwecksetzung hängt nämlich hier oft die wirtschaftliche Existenz des Bewerbers geradezu von der Beitrittsmöglichkeit ab oder wird zum mindesten in Mitleidenschaft gezogen. Darin unterscheidet sich die Genossenschaft auch von den auf Gewinn ausgerichteten Handelsgesellschaften [96]), die alle

[90]) Jacob a. a. O. 127.

[91]) So in Deutschland auch Wygodzinski/Müller a. a. O. 46; ähnlich Gutzwiller Komm. N 72 a. E. pour «trouver une juste proportion, qui maintient les choses dans la mesure», d. h. zur Milderung des starren Grundsatzes der nicht geschlossenen Mitgliederzahl.

[92]) Ähnlich Kummer a. a. O. 155 unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung.

[93]) Vgl. Kummer a. a. O. 142.

[94]) Echte Genossenschaft als echte Selbsthilfeorganisation im Gegensatz zu den atypischen kapitalistischen Gebilden unter den Genossenschaften, welche aber die Türe meistens durch entsprechende Gestaltung der Eintrittsordnung öffnen; vgl. vorne S. 73 und dort Anm. 72.

[95]) Über deren Zwecksetzung vgl. vorne S. 55/56.

[96]) Über den Zweckunterschied bei Genossenschaft und Handelsgesellschaft vgl. vorne S. 54/55.

eine solche Beschränkung ihrer Eigengesetzgebung nicht kennen.

Eine andere Frage ist — und damit kommen wir auf die auf Seite 76 offen gelassene Frage zurück —, ob OR 839 Abs. 2 über die oben dargelegte Bedeutung hinaus einen Anspruch auf Aufnahme des die statutarischen oder sich aus der speziellen Zwecksetzung ergebenden Beitrittsbedingungen erfüllenden Bewerbers enthält. Das kann nur durch Auslegung der gesamten Norm unter Berücksichtigung des Wesens der Genossenschaft ermittelt werden, wobei man insbesondere auch ihre Stellung im Genossenschaftsrecht und im ganzen Privatrechtssystem im Auge behalten muß.

D. OR 839 Abs. 2 als Rechtsgrundlage für einen Aufnahmezwang?

a) Als *Vorkämpfer des Prinzips der offenen Türe* im Genossenschaftsrecht — im oben dargelegten eingeschränkten Sinn — muß kein geringerer als Egger betrachtet werden. Schon lange vor dem Inkrafttreten des revidierten OR, nämlich am schweizerischen Juristentag von 1922, postulierte er, unter Betonung des Selbsthilfecharakters der Genossenschaften, ein Recht auf Eintritt, das lediglich durch statutarisch festgelegte und zur Erreichung des Genossenschaftszweckes unerläßliche Erfordernisse hätte eingeschränkt werden können [97]). Zudem befürwortete er die Schaffung einer kantonalen Behörde, die beim Vorliegen bestimmter Erfordernisse ein Recht auf Beitritt hätte schaffen können, sofern dringende Bedürfnisse dies gerechtfertigt hätten [98]). Auf dem gleichen Boden standen damals Gysin [99]) und König [100]). Ersterer wollte ähnlich wie Egger einer kantonalen Behörde das Recht einräumen, für bestimmte Genossenschaften den Aufnahmezwang einzuführen, sofern die Bewerber die statutarischen Voraussetzungen erfüllten und der Genossenschaft zugemutet werden könnten.

b) Die verschiedenen Ansichten über das Prinzip der offenen Türe prallten bei den *Beratungen über die Revision des Genossenschaftsrechts* hart aufeinander, wobei sich als Hauptexponenten die landwirtschaftlichen und die Großgenossenschaften gegenüberstanden. Der Niederschlag dieser Auseinandersetzungen findet sich zum größten Teil im heutigen Gesetzestext.

Das aOR führte in bezug auf den Eintritt neuer Mitglieder aus: «Sofern nicht die Statuten etwas anderes bestimmen, können in eine be-

---

[97]) Egger Revision a. a. O. 165a ff.
[98]) Vgl. dazu Entwurf I OR 804 Abs. 2.
[99]) Gysin: Genossenschaftsrecht, a. a. O. 369.
[100]) ZbJV 71 465/66.

stehende Genossenschaft jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden.» Infolge der dispositiven Regelung des Eintrittsrechtes durch den Gesetzgeber stand es also der Genossenschaft frei, entweder das Prinzip der offenen Türe oder den Abschluß nach außen zu wählen. Somit konnte zu jener Zeit auch keine Rede von einem Recht auf Aufnahme sein.

Der erste Entwurf von Eugen Huber aus dem Jahre 1919 ging in der Frage des Aufnahmezwanges bereits weiter. Es ist unverkennbar, daß in der Formulierung des Art. 804 dieses ersten Entwurfes ein großer Schritt in Richtung auf das Ziel der Offenhaltung des Eintritts getan wurde. Die Formulierung lautete jetzt: «Sofern nicht die Statuten etwas anderes bestimmen, können in eine Genossenschaft jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden. Die zuständige kantonale Behörde kann, wo dringende Bedürfnisse es rechtfertigen, für einzelne Genossenschaften oder Genossenschaftsarten anordnen, daß auch durch die Statuten die Aufnahme neuer Mitglieder nicht beschränkt werden darf.» Es waren vor allem die Konsumvereine, welche diese Formulierung wünschten [101]) und damit vor allem die Pseudo-Genossenschaften zum Verschwinden bringen wollten.

Der Redaktor des zweiten Entwurfes [102]), Hoffmann, verzichtete auf die Einmischung von Behörden im Aufnahmeverfahren der Genossenschaft und erklärte, daß dies unhaltbar würde, sobald konfessionelle, politische oder gewerkschaftliche Fragen auf dem Spiele ständen [103]). Art. 841 des zweiten Entwurfes hatte folgenden Wortlaut: «In eine bestehende Genossenschaft können jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden. Die Statuten können unter Vorbehalt des Grundsatzes betreffend die nicht geschlossene Mitgliederzahl die näheren Bestimmungen über den Eintritt treffen» und stellte die eigentliche Basis für die heutige Bestimmung von OR 839 dar. Bemerkenswert ist, daß von einem Recht auf Eintritt in dieser Fassung nirgends gesprochen wird. Hoffmann war sich offenbar darüber im Klaren, daß die von Eugen Huber vorgeschlagene Fassung zu stark ideologisch gefärbt war und deshalb nur beschränkte Anwendung hätte finden können.

Der bundesrätliche Entwurf [104]) sah, gleich wie derjenige Hoffmanns, expressis verbis keinen Aufnahmezwang für die Genossenschaften vor. Er fügte aber zur Verdeutlichung des Verbots der übermäßigen Erschwerung

---

[101]) Bericht zum ersten Entwurf von Eugen Huber a. a. O. 149.
[102]) Vgl. E II von 1923 Art. 841.
[103]) Vgl. Bericht zu E II 104.
[104]) Botschaft a. a. O. 84 f.

des Eintritts das Verbot des Einkaufs in die Reserven hinzu [105]). Im Verlaufe der Beratungen wurde die Frage des Einkaufs in die Reserven zur pièce de résistance [106]). Schließlich wurde der Antrag der ständerätlichen Kommission gutgeheißen, wonach die ausdrückliche Statuierung des Verbots des Einkaufs in die Reserven unterbleiben sollte. Man argumentierte, daß das Verbot der übermäßigen Erschwerung des Eintritts auch das Verbot übermäßiger Einkaufssummen umfasse. Diese Regelung birgt u. E. keine Unzulänglichkeiten [107]); ein Verbot der Einkaufssummen an sich wäre ein vernichtender Schlag gegen die landwirtschaftlichen Genossenschaften gewesen, denen eine solche Bestimmung schwere Schäden zugefügt hätte.

Die in OR 839 zum Gesetz erhobene Fassung lautet:

> «In eine Genossenschaft können jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden.
>
> Die Statuten können unter Wahrung des Grundsatzes der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl die näheren Bestimmungen über den Eintritt treffen; sie dürfen jedoch den Eintritt nicht übermäßig erschweren.»

c) Aus dem Wortlaut von OR 839 ist nicht zu entnehmen, ob sich der Gesetzgeber schließlich für oder gegen das Prinzip der offenen Türe entschieden hat [108]). Die Auslegung hat vom im Zusammenhang mit der vereinsrechtlichen Regelung erwähnten [109]) Grundsatz auszugehen, daß Abweichungen vom unsere Privatrechtsordnung beherrschenden Prinzip der Privatautonomie nur angenommen werden dürfen, wenn das Gesetz dies klar sagt, oder wenn die auf dem Spiele stehenden Interessen geschlossen auf die Notwendigkeit eines Eintrittsrechts hinweisen; ein klagbarer Anspruch auf Eintritt wäre eine im ganzen Gesellschaftsrecht einzig dastehende Ausnahme und würde eine tiefe Bresche legen in den privatrechtlichen Aufbau der Genossenschaft.

Nun sprechen allerdings gewichtige Gründe für den Aufnahmezwang. Es kann nicht übersehen werden, daß es im allgemeinen im Wesen der gemeinsamen Selbsthilfe liegt, daß erhöhte Mitgliederzahl vermehrte Stärkung bedeutet [110]) und deshalb viel für ein Zutrittsrecht spricht.

---

[105]) Vgl. E III von 1928 Art. 828.

[106]) Vgl. StenBull NR 1934, 755; 1935, 382; 1936, 778, 901. StenBull StR 1932, 202; 1935, 108, 267; 1936, 89, 203.

[107]) A. M. Winkler a. a. O. 41.

[108]) So auch Kummer a. a. O. 152, dem hier weitgehend gefolgt wird.

[109]) Vgl. vorne S. 66.

[110]) So auch Kummer a. a. O. 8.

Sodann liegt in der gemeinsamen Selbsthilfe unbestreitbar ein gewisser ethischer Gehalt [111]). Die Genossenschaft, welche ihrer Bestimmung als Selbsthilfeorganisation gerecht werden will, sollte letztlich bereit sein, jeden um Zulassung zu den genossenschaftlichen Einrichtungen Nachsuchenden aufzunehmen. Mit Recht stellt Egger [112]) fest, daß jeder Abschluß zwangsläufig zur «Gewinnmacherei an Nichtmitgliedern» führe, die sich mit dem Gedanken der gemeinsamen Selbsthilfe nicht verträgt. Unter dem Namen einer Selbsthilfeorganisation wirbt sie und erwartet ein entsprechendes Vertrauen. Damit verträgt sich schlecht, wenn, kraft dieser Voraussetzungen eine gewisse Machtstellung erreicht ist, die Genossenschaft sich abkapseln und die errungene Stellung auf Gewinn hin ausbeuten kann. Damit aber würde sie von der ihr vom Gesetz zugewiesenen wirtschaftlich-sozialen Aufgabe, worauf ihr rechtlicher Aufbau weitgehend Bedacht nimmt, abweichen. Unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung einer unverfälschten, d. h. nicht auf «Gewinnmacherei» ausgerichteten, Genossenschaft, ist deshalb die Wünschbarkeit des Aufnahmezwanges nicht zu verleugnen. Es sprechen bei der Genossenschaft Gründe dafür, die beim Verein, aber auch bei den Handelsgesellschaften nicht spielen.

Mindestens ebenso gewichtige Gründe sprechen aber dagegen. Schon im einleitenden ersten Teil wurde festgestellt, daß das Prinzip der offenen Türe allen soziologischen Gegebenheiten widerspricht [113]) und daß es auch wirtschaftlich gesehen unerwünschte Monopolisierung eher fördert denn hemmt [114]). Sodann ist es u. E., entgegen einer weit verbreiteten Ansicht [115]), nicht ein zwingendes Charakteristikum der Selbsthilfe, daß jeder, der die nötigen Qualifikationen persönlicher und sachlicher Natur aufweist, der Genossenschaft beitreten kann. Der Gedanke der Selbsthilfe ist an sich nicht an eine beschränkte oder unbeschränkte Mitgliederzahl gebunden. Sie besteht im Zusammenschluß mehrerer zur Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage. Das kann die Mitwirkung möglichst vieler erfordern, in andern Fällen ist es aber von Vorteil, wenn nur einige wenige mitmachen. Aus dem Selbsthilfeprinzip zwingend auf das Prinzip der offenen Türe zu schließen geht u. E. nicht an [116]). Erhöhte Mitgliederzahl ist nicht immer unbedingt identisch mit Stärkung

---

[111]) Vgl. Egger Revision 112a.
[112]) a. a. O. 116a.
[113]) Vgl. vorne S. 28.
[114]) Vgl. vorne S. 37/39.
[115]) Als einer von vielen Egger Revision 169a f.
[116]) A. M. Egger Revision 169a f.

der Genossenschaft. Dies gilt wohl im Prinzip für die Groß- und Konsumgenossenschaften, für die es nicht so sehr auf die Intensität der persönlichen Bindung der Genossenschafter ankommt und die deshalb ja auch ihre Eintrittsordnung entsprechend ausgestalten [117]), nicht aber für kleinere, insbesondere landwirtschaftliche Selbsthilfeorganisationen, bei denen das persönliche Moment eine entscheidende Rolle spielt und die ihren Zweck oft nur in kleinem Kreise wirksam verfolgen können. Bei freiem Zutrittsrecht könnte der Mitgliederbestand einen Umfang annehmen, der sowohl mit Zweck und Anlage der betreffenden Genossenschaft als auch mit dem auf bestimmte Verhältnisse zugeschnittenen Ausmaß ihrer Einrichtungen nicht mehr übereinstimmt. Eine zwingende gesetzliche Eintrittsordnung aber, die gerade auf die Bedürfnisse derjenigen Genossenschaften, in denen der Selbsthilfegedanke am reinsten verwirklicht ist, keine Rücksicht nimmt, ist abzulehnen.

In engem Zusammenhang mit dem soeben erwähnten steht ein weiterer Grund, der gegen den Aufnahmezwang spricht. Dieser würde nämlich die Genossenschafter gegen den Eintritt unerwünschter Elemente weitgehend ohnmächtig machen, was wiederum die «echten», auf ein starkes persönliches Band angewiesenen Genossenschaften am meisten treffen müßte. Einer Aufnahme könnten sie sich, falls keine statutarische Eintrittsordnung besteht, erfolgreich wohl nur widersetzen bei Vorliegen wichtiger Gründe, die sie zum Ausschluß berechtigen, nicht aber schon, wenn sie sich an der Person des Bewerbers aus Gründen stoßen, die einen solchen wichtigen Grund nicht abgeben [118]).

Aber auch eine statutarische Eintrittsordnung könnte die Genossenschaft wohl kaum genügend vor unerwünschten Elementen oder unerwünschter Aufblähung schützen. Zum mindesten bliebe es zweifelhaft, ob sie solchen Gefahren wirksam begegnen könnte. Solche Zweifel würden aber in vielen Fällen bereits genügen, um die statutarischen Eintrittsbedingungen so eng als überhaupt möglich, auf alle Fälle enger als bei freiem Ablehnungsrecht, zu fassen, um solchen Entwicklungen möglichst vorzubeugen [119]). Dies würde wiederum auf die kleinen Genossenschaften mit ihren engen persönlichen Bindungen besonders zutreffen, bei denen die «eingesessenen» Genossenschafter wohl alles unternehmen würden, um nicht eines Tages ihr vielleicht in jahrelanger Arbeit geschaffenes Werk an die später Eintretenden zu verlieren. Die notwendige aufgeschlossene genossenschaftliche Gesinnung würde weitgehend erstickt

[117]) Vgl. vorne Anm. 94 auf S. 78 und Anm. 72 auf S. 73.
[118]) Vgl. Kummer a. a. O. 153.
[119]) Kummer a. a. O. 154.

oder die genossenschaftliche Initiative überhaupt gelähmt, sodaß weitgehend zerstört würde, was der erzwingbare Eintritt in anderer Richtung an Vorteilen brächte [120]).

Somit kann keine Rede davon sein, daß die in Frage stehenden Interessen geschlossen auf die Notwendigkeit eines Eintrittsrechts hinweisen, was nach dem oben Gesagten allein erlauben würde, vom Prinzip der Privatautonomie abzuweichen. Im Gegenteil, die Gründe, welche dagegen sprechen, scheinen eher zu überwiegen. *Art. 839 OR bildet daher keine Rechtsgrundlage für die Verwirklichung des Prinzips der offenen Türe im Genossenschaftsrecht* [121]). Abs. 1, der bestimmt, daß in eine Genossenschaft jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden können, hat keine andere Bedeutung, als die entsprechende Bestimmung im Vereinsrecht (ZGB 70 Abs. 1) [122]). Er betont lediglich den dem Genosesnschaftsrecht immanenten Grundsatz der freien Mitgliederbewegung, indem er sagt, daß Neuaufnahmen jederzeit ohne ein besonderes Verfahren möglich sind. Und Abs. 2, der die übermäßige Erschwerung des Eintritts verbietet, bedeutet lediglich eine Einschränkung der Körperschaftsautonomie der Genossenschaft bezüglich der statutarischen Ausgestaltung der Eintrittsordnung, nicht aber bezüglich der Ablehnungsfreiheit gegenüber dem einzelnen Bewerber. Diesem kann die Aufnahme verweigert werden, selbst wenn er die statutarischen Aufnahmebedingungen erfüllt [123]). Die Genossenschaft wird durch diese Ablehnung nicht einmal schadenersatzpflichtig, da ja ein Zutrittsrecht nicht besteht und der Bewerber somit in seinen Rechten nicht verletzt werden kann [124]). Vorbehalten bleiben allerdings auch hier die allgemeinen Schranken der Rechtsordnung (ZGB 2, ZGB 28, OR 41, 2) [125]). Werden sie durch die Ablehnung eines Bewerbers verletzt, so treten die dort vorgesehenen Rechtsfolgen ein.

---

[120]) Kummer a. a. O. 154.

[121]) Vgl. vorne S. 68.

[122]) v. Tuhr a. a. O. 257; Gerwig a. a. O. 156; Winkler a. a. O. 62; Guhl a. a. O. 576; Frey a. a. O. 47; Kummer a. a. O. 154; Botschaft a. a. O. 84; BlZR 30, 271; Hefti a. a. O. 44/45. A. M. Egger Komm. N 21 zu ZGB 2; Merz a. a. O. 59; H. Huber AVE a. a. O. 392; Stiehle a. a. O. 19; Bürgisser a. a. O. 48. Schwankend Vogel a. a. O. 64; Balsiger a. a. O. 25 ff.; BGE 76 II 294.

[123]) Vgl. Kummer 155.

[124]) H. Feldmann a. a. O. 82; Schucany Komm. N 4 zu OR 646; Stebler a. a. O. 52, 67; Staub/Pinner Komm. § 235, Anm. 7/8; Gadow/Heinichen § 195 Anm. 2/17.

[125]) Vgl. die kurze Übersicht im Schlußparagraphen dieser Arbeit.

II. Der Austritt

1. Allgemeines

Wir haben schon im Zusammenhang mit der Regelung des Austritts aus dem Verein festgestellt [126]), daß ein echter Konflikt besteht zwischen der Assoziationsfreiheit des Mitgliedes, die verlangt, daß dieses die Personenvereinigung wieder frei verlassen kann, sobald es das will, und der Autonomie der Körperschaft, welche auch die Regelung des Austritts miteinbegreift. Im Folgenden ist zu prüfen, wie das Genossenschaftsrecht — auf Grund einer Interessenabwägung zwischen Mitglied und Körperschaft [127]) — diesen Konflikt entschieden hat.

2. Die beschränkte Austrittsfreiheit gemäß OR 842 ff.

a) Das Gesetz trägt dem Grundsatz der Assoziationsfreiheit insofern Rechnung, als es in Abs. 1 von OR 842 entsprechend der vereinsrechtlichen Regelung das Prinzip der Austrittsfreiheit statuiert [128]). Grundsätzlich soll es auch dem Genossenschafter möglich sein, sich von den eingegangenen Bindungen wieder zu befreien, und zwar — zur Erleichterung der Übersicht über die Mitgliedschaftsverhältnisse [129]) — je auf Ende eines Geschäftsjahres unter Einhaltung einer einjährigen Kündigungsfrist, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen (OR 844). Zulässig ist aber, wie im Vereinsrecht, nur eine Verkürzung der Kündigungsfrist, nicht auch ihre Verlängerung [130]). Im Gegensatz zur Eintrittserklärung ist die Austrittserklärung formlos gültig, wiederum unter Vorbehalt einer anderweitigen statutarischen Regelung.

b) Der Grundsatz der «Freiheit des Austritts», wie es im Marginale zu OR 842 heißt, erleidet nun aber so viele Ausnahmen, daß von einem freien Austrittsrecht des Genossenschafters nicht mehr gesprochen werden kann. Davon ist jene, die das Austrittsrecht im Augenblick der Auflösung der Genossenschaft zwingend aufhebt, noch die unbedeutendste; sie schränkt sowohl die Assoziationsfreiheit als auch die Körperschaftsautonomie ein im Interesse der Gläubiger, das gebieterisch die Beibe-

---

[126]) Vgl. die Ausführungen auf S. 69, welche auch für den Austritt aus der Genossenschaft entsprechend gelten.

[127]) Winkler a. a. O. 133; Gerwig a. a. O. 158; Frey a. a. O. 64; Jaussi a. a. O. 11; Balsiger a. a. O. 46; Ogrin a. a. O. 78; Egger Revision a. a. O. 173a.

[128]) Winkler a. a. O. 132; Balsiger a. a. O. 45.

[129]) Vgl. Hartung a. a. O. 14 Anm. 3; Fitting a. a. O. 5.

[130]) Hartung a. a. O. 14; Fitting a. a. O. 5; OR 844 Abs. 2.

haltung des status quo bis nach erfolgter Durchführung der Liquidation erfordert. Der freie Austritt gilt nämlich nur — und darin liegt der prinzipielle Unterschied zum Vereinsrecht, das derartige Beschränkungen schlechthin verbietet [131]) —, sofern er nicht durch die Statuten beschränkt wird (OR 842 Abs. 2, 843). Darin liegt eine materielle Beschneidung der Assoziationsfreiheit zu Gunsten der Körperschaftsautonomie

Statutarische Beschränkungen des Austrittsrechts sind sowohl in zeitlicher wie auch in sachlicher Richtung möglich. Zu letzteren gehört vor allem die Verpflichtung der Mitglieder, «angemessene» Auslösungssummen zu bezahlen, wenn «der Genossenschaft durch den Austritt ein erheblicher Schaden erwächst oder deren Fortbestand gefährdet wird» (OR 842 Abs. 2) [132]). Damit will man das Mitglied abhalten, der Genossenschaft allzuschnell und unüberlegt den Rücken zu kehren. Verboten sind, und zwar auch auf Vertragsbasis, übermäßig schwere Austrittsbedingungen (OR 842 Abs. 3) [133]). Übermäßig sind sie dann, wenn sie unter den herrschenden Umständen objektiv unzumutbar sind, d. h. für die Kreise als übermäßig betrachtet werden müssen, in denen die Genossenschaft soziologisch liegt [134]). Übermäßig ist kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift auch der Ausschluß des Austritts auf eine Dauer von mehr als 5 Jahren (OR 842 Abs. 3 und 843 Abs. 1) [135]).

c) Wie diese Ausführungen zeigen, hat sich das Genossenschaftsrecht im Konflikt zwischen Assoziationsfreiheit und Körperschaftsautonomie bezüglich der Austrittsregelung eher für letztere entschieden. Grundsatz ist praktisch die Möglichkeit, den Austritt kraft Körperschaftsautonomie statutarisch zu beschränken; die Austrittsfreiheit gilt nur subsidiär. Allerdings hat das Gesetz der Autonomie ihrerseits wieder Schranken auferlegt durch das Verbot der übermäßigen Erschwerung des Austritts. Der Grund, weshalb der Gesetzgeber dem Schutz der Genossenschaft den Vorrang gibt vor dem Schutz des Mitglieds [136]), liegt u. a. vor allem darin, daß die Kontinuität der — im Gegensatz zum Normalverein — ein

---

[131]) Vgl. vorne S. 70.

[132]) Vgl. dazu ausführlich, wenn auch u. E. nicht immer zutreffend, Winkler a. a. O. 153/156.

[133]) Gutknecht a. a. O. 66.

[134]) Winkler a. a. O. 140; Gysin Genossenschaftsrecht 366.

[135]) Diese Frist darf nach richtiger Auffassung nicht mit der einjährigen Kündigungsfrist kumuliert werden, was schon aus der Verwendung des Wortes «höchstens» im Gesetzestext hervorgeht; vgl. Winkler a. a. O. 151/152; offenbar anders Gysin Genossenschaftsrecht 371 Anm. 47a.

[136]) So auch Gerwig a. a. O. 192.

wirtschaftliches Positivum darstellenden Genossenschaft möglichst gewahrt bleiben soll. Das Wesen echter genossenschaftlicher Tätigkeit bringt es mit sich, daß sie möglichst lange mit den gleichen Mitgliedern erfolgen kann; wo die persönliche Haftung besteht, soll das Haftungssubstrat erhalten bleiben. Im Gegensatz zum Verein [137]) kann die Genossenschaft am — wenn auch vorübergehend erzwungenen — «Dabeisein» bestimmter Genossenschafter u. U. ein wesentliches und schützenswertes Interesse haben. Es muß verhütet werden, daß die Genossenschaft zum Spielball egoistischer Interessen der Mitglieder werde und ihr in Verletzung des Selbsthilfeprinzips durch unzeitigen Austritt Schaden entsteht. Die beschränkte «Zwangsmitgliedschaft» kann den Genossenschaftern umso eher zugemutet werden, als sie ja, wieder anders als beim Verein, nach wie vor die «ökonomischen Gegenleistungen» der Genossenschaft erhalten.

d) Vorbehalten bleibt auch bei der Genossenschaft — und hier im Gegensatz zum Vereinsrecht ausdrücklich im Gesetz festgehalten (OR 843 Abs. 2) — die jederzeitige *Kündigung aus wichtigem Grund*. Die Genossenschaft wird regelmäßig unter gewissen bestimmten Voraussetzungen sachlicher und persönlicher Art und mit einem ganz bestimmten Zweckgedanken begründet [138]). Es kann nun im Laufe der Zeit der Fall eintreten, daß die Voraussetzungen bei der Genossenschaft oder beim Mitglied dahinfallen. In diesem Falle ist das einseitige Auflösungsrecht des Genossenschafters dann gegeben, wenn auf *seiner* Seite ein unbedingtes Bedürfnis dafür besteht und auf Seite der Genossenschaft die Zumutbarkeit der Auflösung sicher feststeht [139]). So wird als wichtiger Grund für den Austritt aus einer Genossenschaft auf Seiten des Genossenschafters etwa anzunehmen sein ein Wechsel im Beruf bei einem Berufsverband oder ein Wechsel in der landwirtschaftlichen Betriebsart bei einer Milchgenossenschaft. Auf Seiten der Genossenschaft kommt vor allem die Zweckänderung als wichtiger Grund in Frage [140]). Auch das *außerordentliche* einseitige Auflösungsrecht des Genossenschafters zeigt somit, daß im Genossenschaftsrecht der Bestand der Körperschaft das Primäre ist. Die Interessen der Mitglieder haben sich unterzuordnen im Gegensatz zum Verein, wo die Persönlichkeit der Mitglieder vorangestellt wird.

---

[137]) Vgl. S. 70.
[138]) Winkler a. a. O. 169.
[139]) Winkler a. a. O. 170.
[140]) Gerwig a. a. O. 160 f.; Winkler a. a. O. 172; BGE 16, 769; 61 II 194; SJZ 8 293.

III. Der Ausschluß

1. Allgemeines

Es wurde schon bei der Behandlung der Regelung des Ausschlusses im Vereinsrecht festgestellt [141]), daß sich das Ausschließungsrecht aus der Assoziationsfreiheit und der Körperschaftsautonomie ergibt. Die Frage nach dem Bestand und dem Umfang des Ausschließungsrechtes bei der Genossenschaft ist deshalb wie dort eine solche nach den diesbezüglichen Schranken der Körperschaftsautonomie.

2. Das Ausschließungsrecht der Genossenschaft gemäß OR 846

a) Nach Abs. 1 von OR 846 ist auch die Genossenschaft in der *statutarischen Ausgestaltung* ihrer Ausschließungsordnung völlig frei. In Ausübung der Körperschaftsautonomie kann sie einzelne Ausschließungsgründe aufzählen oder sich mit einer allgemeinen Ausschließungsklausel, z. B. Verletzung von Mitgliedschaftspflichten, begnügen, ja sogar wie im Falle des Austritts Zahlung einer Auslösungssumme vorsehen (OR 846 Abs. 4). Anders als im Vereinsrecht ist lediglich, daß nach herrschender Meinung die Ausschließung ohne Angabe von Gründen unzulässig ist[142]). Das ist die einzige Einschränkung, welche die Körperschaftsautonomie der Genossenschaft diesbezüglich erfahren hat und die sich vielleicht damit rechtfertigen läßt, daß mit dem Verlust der Mitgliedschaft der Genossenschaft anders als jener des Vereins wirtschaftliche Nachteile verbunden sind und der Genossenschafter deshalb einen Anspruch darauf hat, daß die Gründe genannt werden [143]). Im Übrigen treffen die für den Verein aufgestellten Erwägungen im Großen und Ganzen entsprechend auch auf die Genossenschaft zu. Auch sie ist — wie jede Personenverbindung! — darauf angewiesen, daß sie sich jener Mitglieder entledigen kann, die ihrer Zielsetzung hinderlich sind. Und hier wie dort kennt ja das Mitglied die Ausschlußgründe schon beim Eintritt in die Körperschaft und unterwirft sich ihnen.

---

[141]) Vgl. die Ausführungen vorne auf S. 71, welche entsprechend auch für die Genossenschaft gelten.

[142]) Womit — was sich wiederum aus dem Begriff der Körperschaftsautonomie ergibt — nicht gesagt ist, daß bei Vorliegen eines Grundes ausgeschlossen werden muß, vgl. Winkler 177; a. M. Frey 71.

[143]) Dies auch wegen einer allfälligen richterlichen Überprüfung, vgl. OR 846 Abs. 3 a. E.

b) Sehen die Statuten keine Ausschlußgründe vor, so kann die Genossenschaft das Mitgliedschaftsverhältnis nur aus wichtigen Gründen künden (OR 846 Abs. 2). Auch diesbezüglich herrscht Übereinstimmung mit dem Vereinsrecht. Wir verweisen auf das dort Gesagte [144]).

c) In bezug auf das *Ausschließungsverfahren* zeigt die Regelung gegenüber der vereinsrechtlichen insofern eine Besonderheit, als neben dem ordentlichen Verfahren ein dem Aktienrecht nachgebildetes [145]) Kaduzierungsverfahren vorgesehen ist.

aa) Das *Kaduzierungsverfahren* gemäß OR 867 ist u. E. ein Sonderfall des Ausschlusses aus wichtigen Gründen [146]). Damit sollen alle vermögenswerten [147]) sozialrechtlichen Leistungen der Genossenschafter erzwungen werden können [148]). Erbringt der Genossenschafter den vorgesehenen Beitrag nicht, ist er mit eingeschriebenem Brief unter Ansetzung einer angemessenen Frist zur Leistung aufzufordern. Leistet er auch auf eine zweite Aufforderung hin nicht, so kann er seiner Mitgliedschaftsrechte unter Aufrechterhaltung aller Verpflichtungen verlustig erklärt werden, sofern ihm dies mit Chargébrief angedroht wurde.

bb) Zuständig für das *ordentliche Ausschließungsverfahren* ist die Generalversammlung. Die Statuten können — anders als im Vereinsrecht [149]) — auch für die Ausschließung aus wichtigen Gründen die Kompetenz auf die Verwaltung übertragen. Dann hat aber der Ausgeschlossene ein Rekursrecht an die Generalversammlung (OR 846 Abs. 3). Wie im Vereinsrecht hat der Auszuschließende ein Recht auf Anhörung [150]). Nach Erschöpfung des internen Instanzenzuges kann der Ausgeschlossene binnen dreier Monate den Richter anrufen. Dieser kann den Ausschluß sachlich überprüfen [151]) und den Ausgeschlossenen bei Un-

---

[144]) Vgl. dazu ferner Winkler 180; Gerwig 162.

[145]) Vgl. Winkler 181 f.

[146]) U. E. ist die vorliegende Regelung ein Ausschluß aus wichtigen Gründen und tritt nicht neben dieses Verfahren, wie Gerwig 162 f. und Winkler 181 annehmen.

[147]) Gl. Meinung Heinsheimer a. a. O. 66; Frey 71; Winkler 188; a. M. Hartung 28; Fitting 48.

[148]) ProtExpKomm 603; StenBull StR 1932, 219; Gutknecht 21. Vgl. dazu Friedrich a. a. O. 120; Gerwig a. a. O. 162 f.; Winkler a. a. O. 81. Dagegen Frey a. a. O. 27.

[149]) Vgl. vorne S. 73.

[150]) Vgl. 40 II 379 ff.; 44 II 83.

[151]) Gerwig a. a. O. 162; Vogel a. a. O. 88; Winkler a. a. O. 193. Schwankend Frey a. a. O. 71.

begründetheit wieder in seine Mitgliedschaftsrechte einsetzen. Der Ausschließungsbeschluß der Genossenschaft ist deshalb immer nur resolutiv bedingt [152]).

§ 10 Die Frage der analogen Anwendung der genossenschaftlichen Regelung auf die «genossenschaftlichen Vereine»

I. Grundsätzliche Zulässigkeit des Analogieschlusses

Wir haben uns eingangs dieser Arbeit [153]) die Aufgabe gestellt, zu prüfen, ob ein allenfalls im Genossenschaftsrecht verwirklichtes Prinzip der offenen Türe analog auf die als Verein organisierten Wirtschaftsverbände angewendet werden könne. In den Paragraphen 5 und 6 ist nachgewiesen worden, daß sie sich dank der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Begriff des «nichtwirtschaftlichen» Vereinszwecks zwar als Vereine organisieren können, daß es sich aber um atypische Vereine mit typisch genossenschaftlicher Zwecksetzung handelt, auf die das Vereinsrecht nicht zugeschnitten ist und die sich ebensogut als Genossenschaften statuieren könnten. Einer der Hauptgründe, daß sie das nicht tun, ist neben dem Kopfstimmrecht und der Publizitätswirkung des Handelsregistereintrags die umstrittene Geltung des Prinzips der offenen Türe im Genossenschaftsrecht. Die Frage ist nur, ob man sich durch die Wahl einer an sich der gewählten Zielsetzung nicht adäquaten Rechtsform den Regeln, welche das Genossenschaftsrecht für diese bestimmte Art von Zweckverfolgung aufstellt, entziehen kann. Ja, werden viele sagen; wenn und solange das Bundesgericht diese atypischen Gebilde schon als Vereine anerkennt, muß konsequenterweise Vereinsrecht und nur Vereinsrecht zur Anwendung kommen. Nein, sagen wir; denn wenn schon das Gesetz an die Verfolgung genossenschaftlicher Zwecke bestimmte Rechtsfolgen knüpft, so gilt das unabhängig von der Rechtsform, in der diese Zwecke verfolgt werden, vorausgesetzt, daß die Unterschiede zwischen den beiden in Frage stehenden Regelungen so groß sind, daß für

---

[152]) Winkler a. a. O. 193.
[153]) Vorne S. 24.

den Analogieschluß überhaupt ein rechtliches Bedürfnis besteht. Eine dieser Rechtsfolgen wäre das aus dem Wesen der Selbsthilfe begründete Zutrittsrecht zu den genossenschaftlichen Selbsthilfeorganisationen im Sinne Eggers [154]).

II. Kein Analogieschluß im vorliegenden Fall

1. Gerade dieses Zutrittsrecht besteht nun aber nach der von uns vorgenommenen Untersuchung überhaupt nicht. Bezüglich der Ablehnungsfreiheit Bewerbern gegenüber stehen Vereinsrecht *und* Genossenschaftsrecht auf dem Boden der Körperschaftsautonomie, deren diesbezügliche Nichtbeschränkung ihre besondere Rechtfertigung sowohl im Wesen des Normalvereins als auch der «echten» Genossenschaft findet. Die genossenschaftliche Schranke der Privatautonomie bezüglich der statutarischen Ausgestaltung der Eintrittsordnung wäre beim genossenschaftlichen Verein praktisch unwirksam, da das Eintragungsprinzip im Vereinsrecht fehlt, das eine Überprüfung der Einhaltung dieser Vorschriften durch den Handelsregisterführer unmöglich macht. Ein Analogieschluß wegen der übrigen geringfügigen Unterschiede (z. B. Formbedürftigkeit des Beitritts zur Genossenschaft) entspricht keinem rechtlichen Bedürfnis.

2. Nahezu identisch sind die beiden Ausschließungsverfahren, welche wie die Eintrittsregelung gänzlich auf dem Prinzip der Körperschaftsautonomie beruhen. Dagegen sind bezüglich der Austrittsordnung gewisse Unterschiede festzustellen. Während das Vereinsrecht mit der absoluten Austrittsfreiheit die Körperschaftsautonomie mit Rücksicht auf die ideelle Zweckverfolgung völlig zugunsten der Assoziationsfreiheit des Vereinsmitgliedes aufgehoben hat, steht im Vordergrund der genossenschaftsrechtlichen Regelung die Sorge um den Bestand der Genossenschaft. Kraft ihrer Autonomie ist die Genossenschaft befugt, den Austritt statutarisch in gewissen Richtungen zu beschränken. Der Grund dieses Unterschiedes ist aber weniger im Wesen der Selbsthilfeorganisationen zu suchen; vielmehr ist dieses Prinzip allen Personenverbindungen zu wirtschaftlichen Zwecken gemein. Die Analoganwendung der genossenschaftlichen Austrittsregelung auf die «genossenschaftlichen Vereine» ist daher schon aus diesem Grunde abzulehnen, abgesehen davon, daß eine Über-

---

[154]) Gleiches müßte u. E. für das Kopfstimmrecht gelten, sofern eine Untersuchung ergäbe, daß es seine Rechtfertigung im Wesen der genossenschaftlichen Selbsthilfe findet.

tragung nur der Austrittsordnung (oder auch nur der Beitrittsordnung) unzulässig wäre, da beide in einem gewissen Zusammenhange zueinander stehen. Auch wäre es u. E. fraglich, ob eine Körperschaft, die von zwei nach ihrer Zwecksetzung zur Verfügung stehenden Rechtsformen die eine wählt, um die Nachteile der andern auszuschließen, sich zu ihren Gunsten auf deren Vorteile — hier Verstärkung der Abschlußtendenzen durch Austrittsbeschränkung — berufen dürfte.

3. Die eingangs gestellte Frage, ob die Türe der als Vereine organisierten Wirtschaftsverbände durch Anwendung von Genossenschaftsrecht geöffnet werden könne, ist damit zu verneinen. Offen bleibt die andere Frage, ob ihre Abschlußtendenzen nicht auf Grund der allgemeinen Schranken der Privatautonomie wirksam bekämpft werden können. Hierüber sei in einem Anhang ein kurzer Überblick gegeben.

Überblick über die allgemeinen Rechtsgrundlagen zur Bekämpfung schädlicher Abschlußtendenzen der Wirtschaftsverbände

§ 11 Die Lösung des Bundesgerichts: Lockerung der Bindungen

I. Die richterliche Idee

Der Entscheid in BGE 76 II 281 berührt die Boykottpraxis und ist eine logische Weiterführung der bisherigen Rechtsprechung auf diesem Gebiet. Für die Begründung eines Aufnahmezwanges gibt es grundsätzlich zwei Wege. Der eine ist der privatrechtliche, der sich entweder auf ZGB 2 oder OR 41 Abs. 2 stützen oder das Persönlichkeitsrecht des Außenseiters gemäß ZGB 28 als Grundlage wählen könnte. Der andere Weg könnte u. E. nur auf Grund eines Spezialgesetzes gemäß der Ermächtigung in BV 31 bis II lit. d erreicht werden. Auf keinen Fall darf die letztgenannte Bestimmung so interpretiert werden, wie dies das Bundesgericht im erwähnten Entscheid getan hat [1]). Die genannte Verfassungsbestimmung enthält eine Gesetzgebungskompetenz [2]), und der Richter darf sich nicht die Ausübung einer ausschließlich dem Gesetzgeber vorbehaltenen Befugnis anmaßen [3]).

Leider ist dem Bundesgericht im Fall Schweiz. Großhandelsverband der Sanitären Branche ca. Jud AG. [4]) die Frage des Aufnahmezwanges

[1]) BGE 76 II 292/293.
[2]) Hefti a. a. O. 40.
[3]) Homburger Vollzug 280 ff.; Hefti a. a. O. 40.
[4]) BGE 76 II 281 ff.

gar nicht zur Beurteilung vorgelegt worden. Es wurde nicht auf Aufnahme, sondern lediglich auf Lockerung der Bindungen gegenüber der Klägerin plädiert; das Bundesgericht konnte somit die von uns behandelte Frage mangels eines dahinzielenden Klagebegehrens nicht entscheiden. Immerhin hat es durchblicken lassen, daß es einem Aufnahmezwang nicht feindlich gegenübersteht. Im vorliegenden Fall glaubte es mit der Lockerung die gleiche Wirkung zu erzielen wie mit dem Aufnahmezwang. Der beklagte Verband wurde nämlich verpflichtet, den mit ihm durch Exklusivverträge verbundenen Fabriken einerseits, dem Schweiz. Sanitär- und Installateurverband (SSIV) anderseits mitzuteilen, daß er an der Aufrechterhaltung des Lieferungsverbotes gegenüber der Jud AG. verzichte. Solange diese Erklärung nicht erfolge, solange sei der Beklagte der Klägerin gegenüber schadenersatzpflichtig. Damit, so hoffte das Bundesgericht, würde einer Belieferung der Klägerin nichts mehr im Wege stehen.

II. Die mangelnde Durchsetzbarkeit

Die vom Bundesgericht in Ermangelung einer Klage auf Aufnahme ausgesprochene Lockerung der Bindungen stellt sich rechtlich als «eine eigenartige, bloß relative Form der Unverbindlichkeit» [5]) dar. Die Lokkerung der Bindungen verschafft dem Boykottierten jedoch, wie das Bundesgericht ausdrücklich feststellte, noch keinen Anspruch auf Belieferung. Ein Leistungsbefehl an den Verband kann nicht erfolgen, weil nicht *er* liefert, sondern die mit ihm verbundenen Fabriken (vertikale Bindung zur untern Produktionsstufe), und weil nicht er die Abnahme von Apparaten zur Installation verweigert, sondern der SSIV (vertikale Bindung zur obern Stufe) [6]). Wenn diese beiden mit dem Verband zu einer Interessengemeinschaft gekoppelten Vertragspartner nicht liefern wollen, so ist ein Urteil auf Lockerung der Bindungen wertlos. Allerdings wird die laufende Schadenersatzpflicht oft einen indirekten Zwang ausüben. Aber selbst wenn eine Belieferung erfolgt, sind die Konditionen für Außenseiter oft so, daß sie in ihrer Wettbewerbsfähigkeit bedeutend eingeschränkt sind. Eine Rechtspflicht zur Lieferung besteht jedoch auf Grund des Urteils nicht, könnte überhaupt nur bestehen bei Anerkennung eines Kontrahierungszwanges. Damit besteht für jede Rechtsordnung große Gefahr, daß das in einem Urteil mißbilligte Verhalten den prak-

[5]) Merz a. a. O. 61.
[6]) Vgl. dazu Küng Boykott 281 ff.; Hefti a. a. O. 2/4.

tischen Auswirkungen nach nicht beseitigt werden kann. Die Lockerung vermag deshalb nur großen Verbänden mit unübersichtlichen Mitgliederverhältnissen gegenüber, bei denen der Zusammenhang so lose ist, daß die bloße Lösung der vertraglichen Bindung zur Belieferung führt, zu genügen. Bei Verbänden mit kleiner Mitgliederzahl und straffer Organisation wird das vom Urteil gewollte, die Belieferung, weiterhin ausbleiben [7]). In diesem Falle kann u. E. nur ein Aufnahmezwang helfen.

§ 12 Die Begründung eines Aufnahmezwanges auf Grund von ZBG 28

I. Allgemeines

Die vorstehenden Ausführungen über das Prinzip der offenen Türe haben gezeigt, daß es nicht möglich ist, aus OR 839 einen Aufnahmeanspruch zu begründen und somit auch kein solches — in der Rechtswirklichkeit gar nicht bestehendes — Prinzip auf «genossenschaftliche Vereine» übertragen werden kann. Es ist nun aber unverkennbar, daß in einigen Extremfällen von Aufnahmeverweigerung, die als Boykott qualifiziert werden müssen, ein Anspruch auf Aufnahme geschaffen werden muß, wenn die Macht des Rechts nicht vor dem «Recht» der Macht kapitulieren soll. Wenn das Genossenschaftsrecht keinen Anspruch auf Aufnahme vermittelt, welcher dann durch analoge Anwendung auch auf andere Verbandsformen übertragen werden könnte, so ist doch zum mindesten zu untersuchen, ob nicht allgemeine Grundsätze des Privatrechts die Möglichkeit bieten, dem Außenseiter unter gewissen Umständen den Eintritt in einen Verband zu ermöglichen. Die Behandlung dieses Problems kann allerdings nur in den Grundzügen erfolgen, da ein Eingehen in Details den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde [8]).

Es ist von der Tatsache auszugehen, daß bei der Aufnahmeverweigerung durch einen Verband rechtliche Interessen des Außenseiters verletzt werden können. Will man nun dem Bewerber einen Anspruch auf Aufnahme in den Verband zugestehen, so muß sein Interesse an der Aufnahme größer sein als dasjenige des Verbandes an der Nichtaufnahme [9]).

---

[7]) Hefti a. a. O. 36.

[8]) Vgl. die ausführlichen Arbeiten von Hefti und Merz a. a. O., denen hier weitgehend gefolgt wird.

[9]) Hefti a. a. O. 29.

Aus dieser Erkenntnis lassen sich zwei Schlüsse ziehen. Einmal kann das bedeuten, daß hinter der Rechtsausübung durch Aufnahmeverweigerung kein schutzwürdiges Interesse mehr steht [10]). Der Nachweis mangelnder schutzwürdiger Interessen dürfte nur in ganz seltenen Fällen beweisbar vorliegen. Das Kartell wird regelmäßig die Wahrung eigener wirtschaftlicher Interessen nachweisen und damit die Rechtswidrigkeit einer solchen Aufnahmeverweigerung ausschließen können [11]). Man könnte vom Grundsatz von ZGB 2 ausgehend noch weiter ausholen und einen Verstoß gegen Treu und Glauben dann annehmen, wenn der Berechtigte ein Interesse an der Geltendmachung seines Rechts nachweist, dieses aber in einem objektiven Mißverhältnis zum Interesse des Gegners an der Nichtgeltendmachung dieses Rechts steht [12]). Dieser Interpretation ist aber entgegenzuhalten, daß sie auf einer — in unserem Vertragsrecht nicht bestehenden — Proportionalität von Leistung und Gegenleistung beruht [13]). Es entspricht dem Geiste unserer Rechtsordnung, «daß grundsätzlich die Rechtsausübung, hinter welcher überhaupt noch ein schutzwürdiges Interesse steht, geschützt wird» [14]). Dazu kommt, daß keine Klarheit darüber herrscht, welche Interessen gegeneinander abgewogen werden sollen. Eine rein ökonomische Interessenabwägung, wie sie von Deschenaux [15]) vorgeschlagen wird, verkennt die Tatsache, daß bei der Aufnahmeverweigerung, die sich als Sonderfall des Boykotts darstellt, in erster Linie die persönliche Freiheit des Bewerbers tangiert ist [16]).

II. ZGB 28 als Rechtsgrundlage für einen Aufnahmezwang

Der andere Weg zur Begründung eines Aufnahmezwanges führt über ZGB 28. Voraussetzung ist, daß es gelingt, ein Persönlichkeitsrecht des Außenseiters zu finden, das durch die Aufnahmeverweigerung tangiert wird. Ein solches besteht in der Tat. Der Außenseiter hat einen Anspruch auf Wettbewerbsbefugnis [17]), die Ausfluß ist seiner Privatautonomie, seiner allgemeinen Betätigungsfreiheit [18]), der «privatrechtlichen Handels-

[10]) BGE 80 II 40, 44.
[11]) Hefti a. a. O. 25.
[12]) Deschenaux a. a. O. 146 und die dort Zitierten.
[13]) Hefti a. a. O. 26. Vgl. auch Merz a. a. O. 38.
[14]) Egger Komm. N 34 zu ZGB 2.
[15]) Deschenaux a. a. O. 157.
[16]) Hefti a. a. O. 36. In diesem Sinne auch Merz a. a. O. 38 ff.; Simonius: verkanntes Freiheitsrecht, 271 ff.
[17]) Merz a. a. O. 40.
[18]) Vgl. BGE 52 II 383; Hefti a. a. O. 29.

und Gewerbefreiheit» [19]). Es steht nun außer Zweifel, daß eine Aufnahmeverweigerung unter gewissen Umständen in das Persönlichkeitsrecht des Außenseiters eingreifen kann, nämlich dann, wenn ihm die Möglichkeit genommen wird, sich auf dem Markte zu betätigen [20]). Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Außenseiters ergibt sich aus dem Zusammenwirken von Aufnahmeverweigerung und Durchsetzung eines an sich erlaubten Vertragssystems [21]). Die Freiheit, einen Bewerber abzulehnen, findet ihre Schranken grundsätzlich in der als Persönlichkeitsrecht aufzufassenden Wettbewerbsbefugnis des Außenseiters [22]).

Von einer Aufnahmepflicht kann nur dann die Rede sein, wenn die Aufnahmeverweigerung die Wettbewerbsbefugnis des Außenseiters verletzen würde [23]). Es muß mit andern Worten beim Bewerber ein *existentielles Bedürfnis* an der Aufnahme vorliegen. Dies ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn der Verband eine Monopolstellung einnimmt [24]). Es ist dabei festzuhalten, daß die Kartellvereinbarung zum faktischen Monopol führen darf, ohne daß der Zweck des Verbandes dadurch widerrechtlich würde [25]). So liegt letztlich in der Monopolstellung die Rechtfertigung des Aufnahmezwanges [26]).

Die Monopolstellung braucht keine absolute zu sein [27]), es genügt, wenn der Außenseiter einen Geschäftsverkehr zwar aufrechterhalten kann, dies jedoch nur unter Umständen, die allen vernünftigen kaufmännischen Überlegungen widersprechen [28]). Ist dem Außenseiter der Markt nur zum Teil verschlossen, so liegt keine Verletzung der Wettbewerbsbefugnis vor und es kann der Bewerber kein existentielles Bedürfnis an der Aufnahme geltend machen.

---

[19]) Egger Komm. N 10, 28, 63 ff. zu ZGB 28; ähnlich Merz a. a. O. 20; v. Tscharner a. a. O. 27; Hefti a. a. O. 29/32.

[20]) H. Huber AVE 366; Simonius Persönlichkeitsrechte 286, derselbe verkanntes Freiheitsrecht 275; Merz a. a. O. 20; Egger Komm. N 10 zu ZGB 28; Marti a. a. O. 32, 75 ff.; v. Tscharner a. a. O. 28 ff.; Bürgi Persönlichkeitsrechte a. a. O. 3.

[21]) Hefti a. a. O. 33.

[22]) Hefti a. a. O. 32.

[23]) Hefti a. a. O. 39.

[24]) Merz a. a. O. 60; Hefti a. a. O. 39. — In den meisten Fällen ist eine monopolistische Machtstellung des Kartells die unerläßliche Voraussetzung für das Erreichen seiner Ziele. Vgl. Marbach, Kartelle, Trusts . . . 98; Haffner a. a. O. 10; M. Feldmann a. a. O. 59.

[25]) BGE 30 II 283; 75 II 313/314; Merz a. a. O. 42.

[26]) Hefti a. a. O. 39.

[27]) Hefti a. a. O. 1.

[28]) BGE 62 II 277; Marti a. a. O. 208.

Auf Seiten des Kartells kann dem Aufnahmeanspruch mit dem Einwand der Wahrung berechtigter Interessen begegnet werden [29]). Diesem Nachweis stehen in der Praxis sehr große Schwierigkeiten entgegen, hält es doch außerordentlich schwer, einen Grund zu finden, der die Vernichtung der wirtschaftlichen Freiheit des Außenseiters rechtfertigen könnte. Dies ist besonders dann der Fall, wenn wir von der Wettbewerbsbefugnis als Freiheitsrecht [30]) und nicht von der Abwägung ökonomischer Interessen [31] ausgehen.

Der Richter, der den Monopolverband zur Aufnahme verpflichtet, hat u. E. entgegen Hefti [32]) auch die Bedingungen des Beitritts festzulegen. Maßgebend sind dabei in erster Linie die Bedingungen für die übrigen Mitglieder, ferner Regelungen in ähnlichen Branchen [33]) etc.

---

[29]) Vgl. Hefti a. a. O. 39/40.

[30]) Merz a. a. O. 43; Simonius, verkanntes Freiheitsrecht 279.

[31]) So Deschenaux a. a. O. 157.

[32]) a. a. O. 41, 46/48, der vom Standpunkt ausgeht, daß durch den Aufnahmeanspruch wohl die negative Abschlußfreiheit und die negative Partnerwahlfreiheit, nicht aber die Inhaltsfreiheit aufgehoben würde. Praktisch würde diese Lösung oft zu einem zweiten Prozeß um die Aufnahmebedingungen führen.

[33]) So auch Hefti a. a. O. 42. Auf diesen a. a. O. 46 ff., sowie auf die dort zitierte Abhandlung von Kummer: Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, in ZSR 73, 163 ff., sei auch bezüglich der durch den Aufnahmezwang aufgeworfenen prozessualen Fragen verwiesen.